



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

**EL ESTADO DE EXCEPCIÓN COMO PARADIGMA DE
GOBIERNO. UNA EXTRAPOLACIÓN DE LAS MEDIDAS
EXCEPCIONALES DE CENTRO DE DETENCIÓN DE
GUANTÁNAMO AL «ESTADO SECURITARIO».**

**TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRO EN ESTUDIOS POLÍTICOS Y SOCIALES**

**PRESENTA:
JORGE ALBERTO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ**

**TUTORA:
DRA. GILDA WALDMAN MITNICK
CES/FCPYS/UNAM**

MÉXICO, D.F. MARZO DE 2014



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Introducción

Unos leopardos penetran en el templo y beben de las copas sagradas hasta vaciarlas del todo. Este hecho se repite una y otra vez. Finalmente se hace previsible y se convierte en parte de la ceremonia.

Franz Kafka, Consideraciones sobre el pecado, el sufrimiento, la esperanza y el camino verdadero

Después del Holocausto, advertía Dwight Macdonald, se debe temer más a las personas que obedecen la ley que a quienes la violan¹. El genocidio nazi no correspondía a una decisión que contraviniera los fines del Derecho; por el contrario, fue planeado apegándose a la noción de orden jurídico.

Fue, en efecto, la sociedad organizada cumpliendo una tarea especial. Este ingente aparato burocrático, a pesar de dedicarse a asesinato en masa a escala gigantesca, demostró su preocupación por la corrección en los trámites burocráticos, por las sutilezas de la definición exacta, por los pormenores de las regulaciones burocráticas y por la obediencia de la ley...²

Los «Lager» —«campos de exterminio»—, como figura límite de la modernidad, no sólo eclipsaron otras representaciones del mal recordadas hasta ese punto de la historia, también transfiguraron la misma noción del mal que prevalecía en Occidente. En el genocidio nazi se evidenció dramáticamente uno de los nudos gordianos de la dogmática jurídica: la relación entre la fuerza y el Derecho; pues, contrario a lo que sostienen los normativistas como Kelsen, ni la razón jurídica ni la razón de Estado excluyen, *a priori*, el posible recurso a la conminación, a la coacción y, por lo tanto, al uso de cierta violencia —sin que necesariamente esto represente el retorno del estado de naturaleza del *homo homini lupus*—.

En *Modernidad y Holocausto*³, Zygmunt Bauman da cuenta del cisma que tuvo lugar dentro de los campos de concentración: la disyunción de la razón y la ética—. Bauman sostiene que el exterminio no había sido perpetrado por una muchedumbre incontrolable —consecuencia de la irrupción de fuerzas pre-modernas—, sino por una burocracia moderna que operaba dentro un marco normativo estricto.⁴

La tarea de crear una Alemania «*judenrein*» —«libre de judíos»— le fue delegada a su burocracia; la cual comenzó —como toda burocracia— haciendo una definición de su objetivo, registró a todos aquellos que se ajustaban a las categorías definidas «científicamente» bajo principios racionales, más tarde abrió un expediente para cada uno de ellos; así, logró separar a los que estaban fichados del resto de la población posibilitando su expulsión del territorio alemán —primero los

¹ Cfr. Bauman, Zygmunt. *Modernidad y Holocausto*. Sexta. Madrid: Sequitur, 2011: 180.

² Bauman, Zygmunt. . *Modernidad y Holocausto*. Sexta. Madrid: Sequitur, 2011: 35.

³ Bauman, Zygmunt.. *Modernidad y Holocausto*. Sexta. Madrid: Sequitur, 2011.

⁴ «Pronto se supo que esos hombres, en cuanto se quitaban el uniforme, no eran malos en absoluto. Se comportaban como casi todos nosotros. Tenían esposas a las que amaban, niños a los que mimaban y amigos a los que ayudaban y consolaban si estaban afligidos. Parecía increíble que, en cuanto se ponían el uniforme, esas personas fueran capaces de disparar o gasear o presidir una ejecución o la asfixia de miles de personas, muchas de las cuales eran mujeres, que serían amadas esposas de otros, y bebés, que serían los niños mimados de otros...»
Ibíd.: 180.

presionó para que emigraran, luego los deportó a territorios no-alemanes una vez que estaban bajo su control y, finalmente, prosiguió con su eliminación.⁵

El Holocausto debe ser considerado un suceso «normal», afirma Bauman, porque –aunque representó algo novedoso y desconocido en la historia de Occidente- converge con los valores hegemónicos de la modernidad⁶.

La «ingeniería social» operada durante el régimen nazi no fue un estallido de barbarie que depusiera el orden racional, ni la fe en el orden y el progreso industrial y científico. La aparición de los *Lager* no podría explicarse si no se toma en cuenta el sentido del orden, el progreso y la racionalidad presentes en la *Weltanschauung* –cosmovisión- nacionalsocialista. No se trataba de una perversión de los valores de la sociedad industrial. La normatividad y las técnicas requeridas para llevar a cabo la Solución Final no eran sustancialmente distintas a las empleadas por la modernidad para dominar la naturaleza⁷.

⁵ «La burocracia contribuyó a la perpetuación del Holocausto no solamente por medio de sus intrínsecos talentos y aptitudes, sino también por medio de sus falencias. Se ha observado, analizado y descrito la tendencia de todas las burocracias a perder de vista el objetivo original y a concentrarse en los medios, medios que se convierten en fines. La burocracia nazi tampoco se libró. Una vez en marcha, la maquinaria de la muerte se retroalimentó sola: cuanto mejor limpiaba de judíos los territorios que controlaba, con más ahínco buscaba nuevas tierras en las que poder aplicar sus nuevas capacidades. Al acercarse la derrota militar, se fue haciendo cada vez más irreal el objetivo original de la *Endlösung*. Lo único que mantenía en marca a la máquina de la muerte era la rutina y la retroalimentación. Había que utilizar las posibilidades del asesinato en masa porque estaban allí. Los expertos crearon los objetos que alimentaban sus capacidades. los expertos de las Secciones Judías de Berlín seguían reglamentando la más mínima restricción a los judíos alemanes aún cuando éstos habían desaparecido del suelo alemán hacía tiempo. Los dirigentes de las SS prohibieron a los generales de la *Wehrmacht* que dejaran con vida a los artesanos judíos que desesperadamente necesitaban para sus operaciones militares. Pero, en ningún lado, la enfermiza tendencia de sustituir los fines por los medios fue más visible que en el macabro y extraño episodio del asesinato de los judíos húngaros y rumanos que se perpetró a pocos kilómetros del frente oriental y con un gran coste para el esfuerzo bélico: se desviaron vagones y maquinaria, tropas y recursos administrativos esenciales a las tareas militares con el fin de limpiar partes alejadas de Europa en la que los alemanes nunca iban a vivir.» *Ibid.*: 132.

⁶ La modernidad es, ante todo, la búsqueda y la construcción de la belleza –la transmisión del placer de la armonía y la forma-, la pureza –la expulsión de todo tipo de *suciedad* de tal forma que resulte incompatible con el ideal de «civilización»- y el orden –la intención de eliminar cualquier duda a través de la repetición, que se vuelve una obligación una vez que la regla ha sido instaurada-. La noción de pureza es impensable sin una idea de «orden» que le anteceda, es decir, sin la designación de un lugar *adecuado* para cada cosa; no es la cualidad intrínseca del objeto lo que le convierte en «suciedad», sino su ubicación dentro del orden de las cosas previamente concebido. Cfr. Bauman, Zygmunt. *La posmodernidad y sus descontentos*. Madrid: Akal, 2010: 8-9

⁷ «'[Auschwitz] fue también una extensión rutinaria del moderno sistema de producción. En lugar de producir mercancías, la materia prima eran seres humanos y el producto final era la muerte: tantas unidades al día consignadas cuidadosamente en tablas de producción del director. De las chimeneas, símbolo del sistema moderno de fábricas, salía humo acre producido por la cremación de carne humana. La red de ferrocarriles, organizada con acierto, llevaba a las fábricas un nuevo tipo de materia prima. Lo hacía de la misma manera que con cualquier otro cargamento de materia prima. En las cámaras de gas, las víctimas inhalaban el gas letal de las bolitas de ácido prúscico, producidas por la avanzada industria química alemana. Los ingenieros diseñaron los crematorios y los administradores, el sistema burocrático que funcionaba con tanto entusiasmo y tanta eficiencia que era la envidia de muchas naciones. Incluso el plan general era un reflejo del espíritu científico moderno que se torció. Lo que presenciamos no fue otra cosa que un colosal programa de ingeniería social...» *Ibid.*: 29.

La Alemania de la década de los treinta fue descrita por editorialistas de prestigiosos periódicos –como *The Times* y *Le Figaro*- como el *arquetipo* del estado civilizado, de la ley y el orden, por sus tasas de criminalidad en franco descenso y una paz industriosa.⁸

No debe olvidarse que el realismo fascista ofreció un modelo para un nuevo orden social, una nueva alineación interna. Su base era la eliminación racista de todos los elementos desviados de la norma: la juventud refractaria, «vagos», «antisociales», prostitutas, homosexuales, discapacitados, gente incompetente o fracasada. La eugenesia nazi –esto es, la clasificación y selección de personas con base en un supuesto «valor genético»- no se limitaba a la esterilización y la eutanasia para los «devaluados» y a recomendar la fertilidad para los «valiosos»; estableció los criterios de evaluación, las categorías de clasificación y las normas de eficiencia que eran aplicables a la población en general.⁹

Al mes que el régimen nazi toma el poder, el 28 de febrero de 1933, Hitler –según lo previsto por el artículo 42 de la Constitución de Weimar- emite un decreto «para la protección del pueblo y del Estado», suspendiendo todas las garantías individuales y las libertades civiles. Alemania vivió hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial en un «estado de excepción permanente», donde el «*Führer*» fue provisto por reconocidos juristas –como Karl Larenz, Carl Schmitt y Edmund Mezger- de sofisticadas construcciones legales que convertían sus decisiones en Ley inquebrantable.

El «estado de excepción», inicialmente declarado para atender la amenaza al orden público que suponía el incendio al *Reichstag*, representó el umbral a través del cual se pretendió impulsar la «*Deutsche Rechtserneuerung*» –«renovación del Derecho alemán»-, que compenetraría la esfera del Derecho y la moral. Fundando un ordenamiento que exaltaría los valores de la «*Volkgemeinschaft*» –«comunidad del pueblo»- sobre el carácter subalterno del individuo y ponderaría la «decisión soberana», la «*Deutsche Rechtserneuerung*» creó novedosas categorías jurídicas como el «*Gemeinschaftsfremde*» –«enemigos de la comunidad»- que le permitieron estigmatizar y legalizar la expulsión y la eliminación de aquellos grupos que contrariaban la uniformidad de la «*Weltanschauung*» nazi.¹⁰

En septiembre de 1935, tras haber fomentado la violencia antisemita, se promulgaron nuevas leyes durante el congreso del partido celebrado en Nuremberg; el régimen de nazi criminalizó las relaciones entre judíos y no judíos e ilegalizó los matrimonios mixtos, bajo el convencimiento de que cualquier nación que permitiera la «mezcla de sangre» estaba destinada a sucumbir. La «*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes un der deutschen Ehre*» –«Ley para la protección de la sangre alemana y el honor alemán»- prohibió celebrar nuevos matrimonios

⁸ Cfr, Bauman, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia*. Barcelona: Anthropos, 2005: 41-42.

⁹ Bauman, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia*. Op. Cit., 2005: 55.

¹⁰ Cfr. La Torre, Massimo. La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho. Madrid: Dykinson, 2008: 19-22.

entre judíos y no judíos, las relaciones extraconyugales entre ellos e, incluso, que los judíos emplearan a mujeres no judías para el servicio doméstico. A decir de Hitler, las Leyes de Nuremberg pondrían fin a la violencia y ofrecerían a los judíos *nuevas oportunidades para que desarrollaran las formas peculiares de vida propias de su pueblo*.¹¹ Pero, a partir de este momento, se inició un «pogromo frío»: los judíos se convirtieron en marginados sociales, su *status* jurídico empeoró a tal grado que emulaba a su situación en la época anterior a la emancipación. La policía supo capitalizar el «estado de excepción permanente» impuesto por la nueva legislación y comenzó el acoso a los judíos, siendo este momento el preámbulo necesario de la Solución Final. En este sentido, el triunfo de la razón no ha significado un paso progresivo en la ética de Occidente.¹²

La estrategia genocida se basó en la instauración de una serie de decretos y leyes que pormenorizaron cada una de las atribuciones y procedimientos bajo los que operarían los campos de exterminio. Por ese motivo Auschwitz imponía la ineludible tarea de cuestionar uno de los pilares que dotan de sentido a la existencia moderna: la Ley, que hasta ese momento era considerada como un principio universal identificado con la protección de la vida, por lo cual ha sido concebida como un imperativo categórico, ya que suponía cierta simetría entre la razón y la ética¹³.

El asesinato de millones de seres humanos dentro de los campos de exterminio da testimonio de una de las sentencias expresadas en las Tesis de Benjamín: *el estado de excepción es la regla*¹⁴. La famosa Tesis VIII¹⁵ aborda la paradoja del «estado de excepción» como un umbral de

¹¹ Cfr. Gellately, Robert. No sólo Hitler. La Alemania nazi entre la coacción y el consenso. Barcelona: Crítica, 2002: 172-174.

¹² «Los grandes crímenes a menudo parten de grandes ideas. Pocas son las grandes ideas que demostraron ser completamente inocentes cuando sus discípulos iluminados intentaron traducir la palabra en acto –pero algunas de ellas difícilmente pueden llegar a adoptarse sin enseñar los dientes y afilar los puñales-. Entre esta clase de ideas, el primer puesto le corresponde a la visión de pureza...» *Ibíd.*:13.

¹³ Kant consideraba que en el Derecho estaban plasmados dos principios universales que permitían la *transmutación* del hombre en ciudadano: la libertad –la independencia respecto al arbitrio constrictivo del otro- y la igualdad –no ser obligado por otros a aquello que no se les puede obligar recíprocamente-. Así, el Derecho, como realización del obrar *externo*, constituye un conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno se puede conciliar con el arbitrio de otro, de tal modo que el uso del libre arbitrio pudiera coexistir con la libertad de cada uno según la ley universal. Cfr. Roldán, Concha. «Acerca del Derecho personal de carácter real. Implicaciones éticas.» En *Moral, Derecho y Política en Immanuel Kant*, de Julián Carvajal Córdón, 209-226. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1999: 214-215. La verdadera salud pública, siguiendo el planteamiento kantiano, no se halla en el Estado que busca la felicidad de los ciudadanos, sino en aquél que garantiza la libre concurrencia; por ello, el contenido del ordenamiento jurídico está determinado *a priori* por las exigencias de la razón, plasmadas en la conservación de la libertad; de este modo, mediante los principios del Derecho racional, Kant identifica la soberanía del poder estatal y la razón. Y, dado que la soberanía ideal requiere de una eficacia real, suprime la soberanía empírica del pueblo y exalta la racionalidad del soberano. Cfr. Gascón Abellán, Marina. «La tesis kantiana acerca de la obediencia del Derecho.» En *Moral, Derecho y Política en Immanuel Kant*, de Julián Carvajal Córdón, 227-240. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1999: 237-238.

¹⁴ Cfr. Benjamin, Walter. *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. México: Itaca, 2008.

¹⁵ «La tradición de los oprimidos nos enseña que el «estado de excepción» en que vivimos es la regla. Debemos llegar a un concepto de historia que corresponda a esta situación. Nuestra tarea histórica consistirá entonces en suscitar la venida del verdadero estado de excepción, mejorando así nuestra posición en la lucha contra el fascismo. El que sus adversarios se enfrenten a él en nombre del progreso, tomado éste por ley histórica, no es

indiferencia entre norma y excepción que vuelve insalvable la distancia que subsiste entre el ideal de justicia y la realización del Derecho. Tal como atestigua el régimen nazi, tras la suspensión indefinida de la Constitución de Weimar, la «excepción» fue permanente, no sólo en el sentido temporal, sino también en el jurídico.

En el siglo XX, los totalitarismos modernos implementaron, a través del «estado de excepción»¹⁶, una «guerra civil legal» que permitió la eliminación física no sólo de los adversarios políticos, también de categorías enteras de ciudadanos que, por alguna razón, eran inasimilable para el régimen. La dislocación de una medida provisoria –que se vuelve una técnica de gobierno– ha modificado la estructura y el sentido de las formas jurídico-políticas, produciendo un umbral de indefinición entre la democracia y el totalitarismo. Así, el estado de excepción tiende a presentarse como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea.

Desde entonces, la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente (aunque eventualmente no declarado en sentido técnico) devino una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, aun de aquellos así llamados democráticos.¹⁷

Guantánamo se ha convertido en el símbolo del espacio sin ley, donde van a parar los sospechosos de atacar al Imperio. Se considera un caso paradigmático, pues ahí están presentes dos figuras que se creían propias de los Estados totalitarios: los campos de concentración y la tortura. Las intervenciones militares de los Estados Unidos en el Medio Oriente se han caracterizado por ejercer el *ius belli* bajo la forma de «operación de policía». Esta misión, en apariencia modesta¹⁸, evoca, más que una ficción que oculta motivos más profundos, una revitalización de la soberanía estatal.

precisamente la menor de las fortunas del fascismo. No tiene nada de filosófico asombrarse de que las cosas que estamos viviendo sean «todavía» posibles en pleno siglo XX. Es un asombro que no nace de un conocimiento, conocimiento que de serlo tendría que ser éste: la idea de historia que provoca ese asombro no se sostiene.» Mate, Reyes. *Media noche en la historia. Comentarios a las tesis de Walter Benjamin Sobre el concepto de Historia*, Madrid: Trotta, 2006, pp.143

¹⁶ «Tómese el caso del Estado nazi. No bien Hitler toma el poder (o, como se debería decir acaso más exactamente, no bien el poder le es entregado), proclama el 28 de febrero el *Decreto para la protección del pueblo y del Estado*, que suspende los artículos de la Constitución de Weimar concernientes a las libertades personales. El decreto nunca fue revocado, de modo que todo el Tercer Reich puede ser considerado, desde el punto de vista jurídico, como un estado de excepción que duró doce años.» Agamben, Giorgio. *Estado de excepción: Homo sacer, II*, I. Buenos Aires: Adriana Herrera, 2003: 25.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ «El hecho es que la policía, en contra de la opinión común que ve en ella una función meramente administrativa de ejecución del derecho, es quizá el lugar en que se muestra al desnudo, con mayor claridad la proximidad, la intercambiabilidad casi, entre violencia y derecho que caracteriza la figura del soberano. Según la antigua costumbre romana, nadie, por ninguna razón, podía interponerse entre el cónsul dotado de *imperium* y el líctor más cercano, portador del hacha sacrificial (con la que lleva a cabo la ejecución de la sentencia de pena capital). Esta contigüidad no es casual. Si el soberano es en verdad el que, proclamando el estado de excepción y suspendiendo la validez de la ley, señala el punto de indistinción entre violencia y derecho, la policía se mueve siempre, por así decirlo, en un tal “estado de excepción”. Las razones de “orden público” y de “seguridad”, sobre las que en cada

La estrategia bélica de los Estados Unidos reivindicó la fórmula de la soberanía de Schmitt: «*I'm the decider* –dice George W. Bush–, *and I decide what is best*».¹⁹ Dicho en otras palabras, el Presidente de los Estados Unidos se asume como garante del orden y de la Ley y, por lo tanto, debe ser investido con prerrogativas excepcionales que vayan más allá de los límites de la ley. Schmitt definió al soberano como aquel que tiene la capacidad de interrumpir el Derecho, por lo tanto, es quien puede atribuirse el poder de conceder y ejercer el Derecho. En el «estado de excepción», el contenido de las competencias del Estado soberano es necesariamente ilimitado; su actuar no está sometido a ningún control –su decisión no puede ser contenida dentro de la ley–; aunque la praxis constitucional estén divididas las competencias en diversas instancias para crear un sistema de pesos y contrapesos que se limitan y equilibran mutuamente, en el caso extremo se suspenden las obligaciones adquiridas por el Estado, apelando al principio de orden y a la seguridad pública. El soberano, en la lógica de Schmitt, sólo está obligado a cumplir su promesa mientras corresponda al interés del pueblo; cuando la *necessité est urgente* el soberano puede violar tales promesas, alterar las leyes o suprimirlas por completo, ya que cualquier Derecho es un derecho de situación.

La *military order*, emanada el 13 de noviembre del Presidente de los Estados Unidos –autorizando la «*indefinite detention*» –«detención indefinida» y las «*military comissions*» –«comisiones militares» para procesar a los no-ciudadanos que se encuentren bajo sospecha de estar implicados en actividades terroristas–, revela al «estado de excepción» como una estructura originaria del Derecho, donde se inserta al singular en el orden jurídico a través de su suspensión. El ordenamiento jurídico, bajo esta nueva forma, se funda en una noción de soberanía como una decisión existencial, es decir, la existencia misma del Estado y del Derecho se fundamenta en la «decisión soberana».

La novedad de la «orden» del Presidente Bush radica en la creación de los «*detainees*» –«detenidos»–, una categoría jurídicamente inclasificable que cancela todo estatuto legal del individuo. Aunque la *USA Patriot Act*, aprobada por el Senado el 26 de octubre de 2001, autorizaba al *Attorney general* poner bajo custodia a los sospechosos de actividades que pusieran en peligro la seguridad nacional de los Estados Unidos; los detenidos debían ser expulsados o acusados de violación a la ley de inmigración o algún otro delito en un plazo máximo de siete días. A los talibanes capturados en Afganistán se les ha negado el estatuto de PoW –«*Prisoner of War*», «Prisionero de Guerra»– contraviniendo lo establecido por la Convención de Ginebra, tampoco se les ha imputado algún delito de acuerdo a las leyes norteamericanas; se encuentran en una detención indefinida, no sólo en el sentido temporal, también en cuanto a su naturaleza que ha sido sustraída de cualquier control legal.

caso particular debe decidir, configuran una zona de indiferencia entre violencia y derecho que es exactamente simétrica a la de la soberanía.» Agamben, Giorgio. *Medios sin fin. Notas sobre la política*. Valencia: Pre-Textos, 2001: 90.

¹⁹ La Torre, Massimo. Op. Cit.: 73.

La ley se retira de los detenidos de Guantánamo, no para liberarle, sino para retirarle su personalidad jurídica; estos detenidos no son acusados formalmente, ni hay un tribunal ante el que se les acuse, ni siquiera son considerados prisioneros de guerra; solamente son juzgados y condenados a ser tratados como no-personas. En Guantánamo es donde se deja sentir el peso de la violencia del orden jurídico-político, sin que haya una ley que proteja o, cuando menos, concrete.

Con la promesa de mantener la seguridad de los ciudadanos norteamericanos, el gobierno de Estados Unidos ha convertido el «estado de excepción» en la norma para aquellos que signifiquen una amenaza; así, cualquier ciudadano sospechoso de terrorismo puede ser sometido a una jurisdicción especial que supone, no sólo una detención ilimitada, también presentarse ante comisiones militares, exentas de cualquier control legal. El escenario bélico, que ha sido definido de forma excepcional –de tal forma que no encaja en ninguna regulación previamente dispuesta-, ha sido clave para justificación del uso de la violencia y la ruptura del orden internacional.

En el «estado de excepción», las leyes promulgadas por el Estado para garantizar los derechos y las libertades civiles se vuelven inaplicables, se anulan por completo; la mayor parte de la población se encuentra ante la amenaza de ser asignado a un espacio sin ley, donde sean privados del respaldo de una autoridad estatal que pueda acogerlos bajo su protección y reivindique sus derechos. El *hors du nomos* –fuera de la ley-, adquiere un nuevo cariz en la modernidad: *no fuera de esta ley o de aquella, ni la de este país o la de aquél otro, sino fuera de la ley como tal.*²⁰

En la lógica excepcional, la identificación entre justicia y fuerza –propia del Derecho positivo- plantea una paradoja insoluble:

La paradoja de la soberanía se enuncia así: «El soberano está, al mismo tiempo, fuera y dentro del ordenamiento jurídico». Si soberano es, en efecto, aquél a quien el ordenamiento jurídico reconoce el poder de proclamar el estado de excepción y de suspender, de este modo, la validez del orden jurídico mismo, entonces «cae», pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, puesto que se tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida *in toto*... La precisión «al mismo tiempo» no es trivial: el soberano, al tener el poder legal de suspender la validez de la ley, se sitúa legalmente fuera de ella. Y esto significa que la paradoja de la soberanía puede formularse también de esta forma: «La ley está fuera de sí misma», o bien: «Yo, el soberano, que estoy fuera de la ley, declaro que no hay un afuera de la ley».²¹

²⁰ Bauman, Zygmunt. *Archipiélago de excepciones*. Madrid: Katz Editores, 2008: 32.

²¹ Agamben, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nude vida*. Valencia: Pre-textos, 2010.

Esta paradoja ha adquirido mayor relevancia, si se toma en cuenta la transición del modelo del «Estado de bienestar» a un «Estado securitario», puesto que ha provocado que se privilegie el carácter violento del Derecho –dejando de lado su carácter persuasivo-, en detrimento del estado de Derecho. En un contexto democrático, al poner en entredicho la validez del estado de Derecho, surgen cuestiones fundamentales por resolver: ¿La violencia y el Derecho son entidades indisolubles? ¿Resulta insuficiente regular las facultades del Estado para contener su carácter violento? ¿Guantánamo, y su lógica excepcional, es un hecho aislado? ¿Las medidas excepcionales pueden instituirse como práctica gubernamental? ¿Qué rol ha jugado el estado de excepción en el discurso del orden y la seguridad pública? ¿Cómo se han hecho compatibles las políticas excepcionales con el estado de Derecho? ¿Cómo se puede gestar un orden a partir del estado de excepción?

La presente investigación pretende mostrar que la proliferación de medidas excepcionales corresponde a un modelo de orden emergente, fundado en la dislocación de una medida temporal: el «estado de excepción»; pues, aunque se pudiera considerar que contraviene el sentido del Derecho –ya que da pie a la arbitrariedad y prepondera al caso particular sobre la ley universal-, no rompe con la noción del orden –propio de la modernidad- debido a la íntima relación de necesidad que persiste entre la norma y la «excepción»; más bien, corresponde a la implementación de nuevos dispositivos de control que ponderan el carácter coactivo del Derecho.

El trabajo es articulado a partir de pregunta eje lanzada durante una conferencia pronunciada por Zygmunt Bauman, publicada bajo el título de *Archipiélago de excepciones*: ¿por qué se ha privilegiado en el Estado «securitario» la implementación de medidas excepcionales? Para responder, se ha elegido dos casos paradigmáticos: Guantánamo y el «Derecho penal del enemigo». El primer caso, el campo de concentración Guantánamo, ha suscitado gran polémica, pues uno de los países que más ha pugnado en instancias internacionales a favor de los derechos humanos, Estados Unidos, ha puesto en jaque uno de los pilares de la democracia: el estado de Derecho. En particular, se pretende destacar que, gracias a la figura de la excepción, el gobierno norteamericano ha creado una sofisticada legislación que le han permitido articular su política de la seguridad nacional. A través del segundo caso, el «Derecho penal del enemigo», se logra clarificar que Guantánamo no es un hecho aislado, sino corresponde a una corriente emergente en la dogmática jurídica que busca crear dos esferas autónomas del Derecho, una donde sigan vigentes los derechos políticos y civiles indispensables en una democracia y otra que atienda aquellas personas que representen un riesgo para el orden público y la seguridad nacional.

Para mayor claridad, el análisis de estos casos es antecedido por una profundización se retoma la discusión, que ha sido planteada por Giorgio Agamben en su serie de *Homo Sacer*, entre Carl Schmitt y Walter Benjamin en torno a la figura del «estado de excepción», donde se manifiesta la relación del Derecho y la violencia y la ruptura entre la Ley y la Justicia, es decir, cómo el

Estado, justificándose en el Derecho –y procurando el orden social-, ha recurrido a la violencia para controlar los modos de vida y, en consecuencia, dicha violencia estatal ha producido una innumerable cantidad de víctimas a lo largo de la historia.

En resumen, la presente investigación busca señalar la dislocación de una figura, en apariencia temporal, que se ha convertido en una técnica de gobierno que permite gestionar el desorden a un Estado que ha decidido privilegiar la seguridad personal como principio de legitimidad. Para ello, se parte del campo de concentración de Guantánamo, espacio identificado por excelencia con el «estado de excepción», pues los internos han sido desprovistos de cualquier derecho, quedando a merced de la «decisión» que el poder soberano considere necesaria para garantizar su seguridad nacional. Esta situación excepcional ha permitido rehabilitar viejas prácticas que se pensaba que habían dejado en el pasado, tal como la tortura. La lógica excepcional ha rebasado los confines del centro de detención, colocando a los derechos humanos en una posición condicional. Por esa razón, se aborda el problema del endurecimiento de la racionalidad punitiva en el Estado «securitario», el cual ha recurrido a prácticas *preventivas* que atentan contra las garantías mínimas del Derecho. En el Estado «securitario» se ha creado una esfera independiente del estado de Derecho, que le permite actuar en contra de los individuos que le representan un riesgo a la seguridad, pero que no se puede comprobar que hayan infringido ley alguna.

Dicho en otras palabras, aunque el «estado de excepción» siempre ha representado una contradicción en la democracia liberal –pues contraviene su sentido: garantizar la vida y la persona de los individuos-, al ser una práctica cada día más recurrida –aun cuando no siempre se declare formalmente- ha puesto en tela de juicio la capacidad de los derechos humanos para proteger la integridad de los singulares.

La «excepción» como umbral del Derecho y garantía del orden

En nombre del buen sentido, yo tenía sin duda la razón;
pero, desde el punto de vista de la ley, él no andaba
equivocado.

Charles Baudelaire, *El espejo*

El «estado de excepción» como umbral de lo indecible

El nomos de todos soberano
de los mortales y los inmortales
dirige con una mano poderosa entre todas
justificando al más violento.
Lo juzgo así por las obras de Hércules.

13

Píndaro, Fragmento 169

Partiendo de la máxima latina «*nécessitas non habet legem*» —«la necesidad no tiene ley»— se suele afirmar que la «excepción» —«*Ausnahme*»—, al corresponder a un «*ius necessitatis*» —«derecho de necesidad»—, carece de importancia jurídica.²² Para Immanuel Kant —pilar fundamental de la dogmática jurídica—, ya no es posible considerar el «derecho de necesidad» como parte del Derecho, ya que pertenece a los principios subjetivos, opuestos a los principios objetivos de equidad del ejercicio del Derecho. Desde esta postura, se asume que las medidas excepcionales, al ser fruto de los periodos de crisis política, no corresponden al ámbito jurídico-constitucional, sino al terreno político.

La dificultad para definir «estado de excepción» —«*Ausnahmezustand*»—²³ parte de su íntima relación con la guerra civil, la insurrección y la resistencia, es decir, con lo opuesto a la

²² «El derecho de necesidad (*Jus necessitatis*)... consiste en la facultad moral de defender mi vida, dando la muerte a quien no me hace daño. Es evidente que aquí debe haber un conflicto del derecho consigo mismo, porque no tratamos aquí del agresor *injusto* que atenta a mi vida, del que me defiendo matándole (*jus inculpatae tutelae*), caso en el cual la recomendación de moderación (*moderamen*), no corresponde siquiera al derecho, sino a la moral; sino que se trata de la violencia lícita contra el que la ha usado conmigo, lo cual es prohibido por el derecho positivo... Claro es que esta aserción no debe entenderse objetivamente, según el mandato de una ley, sino sólo en el sentido subjetivo, y tal como se pronunciaría sentencia en justicia. En efecto, no puede haber ninguna *ley penal* que condene a muerte a aquel que, naufragando con otro y corriendo el mismo peligro de perder la vida, le rechaza apoderándose de la tabla cuyo auxilio hubiera podido salvarse; porque la pena impuesta por la ley al que despojara al otro de la tabla salvadora, nunca podía ser mayor que la pérdida de la vida. Semejante ley no tendría fuerza alguna represiva; porque la amenaza de un mal todavía *inseguro* (la muerte por sentencia del juez) no puede igualar al temor de un mal *seguro* (el de perecer ahogado). Por consiguiente, el hecho de la conservación mediante la violencia, no debe ser considerado como inocente (*inculpabile*), es cierto, sino únicamente como *incastigable* (*impunibile*); y los doctores, por una extraña confusión, toman esta impunidad *subjetiva* por una impunidad *objetiva* (por una legalidad)... La máxima del derecho de necesidad es ésta: *La necesidad carece de ley*; y sin embargo, no puede haber necesidad que haga legal la injusticia» Kant, Immanuel. *Principios Metafísico de la Doctrina del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1968: 38-39.

²³ «A lo incierto del concepto corresponde puntualmente la incertidumbre terminológica. El presente estudio se servirá del sintagma «estado de excepción» como término técnico para la totalidad coherente de fenómenos jurídicos que se proponen definir. Este término, común en la doctrina alemana (*Ausnahmezustand*), pero también *Notstand*, estado de necesidad), es extraño a las doctrinas italiana y francesa, que prefieren hablar de decretos de urgencia y estado de sitio (político o ficticio, *état de siège fictif*). En la doctrina anglosajona prevalece en cambio los términos *martial law* y *emergency powers*.» Agamben, Giorgio. *Estado de excepción: Homo sacer, II, I*. Buenos Aires: Adriana Herrera, 2003: 27-28.

situación normal. Al igual que estas figuras ambivalentes, el «estado de excepción» se ubica en una zona incierta entre el Derecho público y el hecho político; no se puede desligar a la «excepción» del Derecho, puesto que el propio orden jurídico da lugar al caso excepcional a través de su suspensión.

Ante un caso excepcional, el Estado suspende el derecho por virtud del derecho a la propia conservación. Los dos elementos [la norma y la decisión] que integran el concepto del orden jurídico se enfrentan uno con otro y ponen de manifiesto su independencia conceptual. Si en los casos normales cabe reducir al mínimo el elemento autónomo de la decisión, es la norma la que en el caso excepcional se aniquila. Sin embargo, el caso excepcional sigue siendo accesible al conocimiento jurídico, porque ambos elementos —la norma y la decisión— permanecen dentro del marco de lo jurídico.²⁴

Ya que no existe una teoría jurídica que le reconozca a la «excepción» el rango de «configuración última de los hechos» —en el Derecho positivo—, Carl Schmitt recurre a Kierkegaard para definir a la excepción como condición de posibilidad de la validez de la norma jurídica y, en consecuencia, de la autoridad estatal.

La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal nada prueba; la excepción, todo; no solo confirma la regla, sino que esta vive de aquella. En la excepción, la fuerza de la vida efectiva hace saltar la costra de una mecánica anquilosada en repetición. Un teólogo protestante, que ha demostrado la intensidad vital que puede alcanzar la reflexión teológica aun en el siglo XIX, ha dicho: «La excepción explica lo general y se explica a sí misma. Y si se quiere estudiar correctamente lo general, no hay sino mirar la excepción real. Más nos muestra en el fondo la excepción que lo general. Llega un momento en que la perpetua habladuría de lo general nos cansa; hay excepciones. Si no se acierta a explicarlas, tampoco se explica lo general. No se para mientes, de ordinario, en esta dificultad, porque ni siquiera sobre lo general se piensa con pasión, sino con una cómoda superficialidad. En cambio, la excepción piensa lo general con enérgica pasión».²⁵

Aunque la «excepción» rompe con cualquier determinación general, revela un elemento específicamente jurídico: la «decisión» —«*Entscheidung*»—. Walter Benjamin, en este sentido, concibe a la norma jurídica como una «decisión» tomada en un lugar y tiempo determinado, referida a una categoría metafísica que la justifica.²⁶ Schmitt, por su parte, afirma que la soberanía estatal se manifiesta a través del monopolio de la «decisión» de declarar un «estado

²⁴ Schmitt, Carl. *Teología Política*. Madrid: Trotta, 2009: 18.

²⁵ Schmitt, Carl. *Teología Política*. Madrid: Trotta, 2009: 20.

²⁶ Cfr. Benjamin, Walter. Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV. Madrid: Taurus, 1991: 32.

de excepción»²⁷; por ello, la «decisión», como condición de posibilidad de la autoridad estatal y de la vigencia del Derecho, no solamente significa la mera expresión de voluntad de un sujeto jerárquicamente superior a cualquier otro, también representa la inscripción de la exterioridad dentro del orden jurídico que le dota de sentido.

Hans Kelsen, retomando las tesis de Kant, reconoce que el Derecho es una entidad dinámica – es decir, en constante producción-; aunque asume que la norma jurídica se crea a partir de la forma del Estado –entendida como un conjunto de normas generales contenidas en la Constitución-, es decir, la norma se crea a partir del propio ordenamiento jurídico, estableciendo una lógica autorreferencial; de tal modo que el principal atributo del Derecho radica en su coherencia interna.²⁸ Schmitt, en contraparte, sostiene que la norma no puede fundarse a partir de sí misma, si bien su coherencia interna es indispensable para conservar su sentido, no garantiza su realización; por esa razón, sostiene que la «decisión», en su carácter puramente jurídico, produce y confirma el orden.

El orden y la seguridad publica tienen en la realidad concreta aspecto harto diferente según sea una burocracia militar, una administración impregnada de espíritu mercantil o la organización radical de un partido la que decida si el orden público subsiste, si ha sido violado o si está en peligro. Porque todo orden descansa sobre una decisión, y también el concepto del orden jurídico, que irreflexivamente suele emplearse como cosa evidente, cobija en su seno el antagonismo de los dos elementos dispares de lo jurídico. También el orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma.²⁹

Lo excepcional es, por definición, lo que escapa a toda determinación general; aun así, el «estado de excepción» conserva un *status* distinto al caos y a la anarquía, pues representa la forma jurídica de aquello que no puede tener una forma legal, es decir, refiere a las medidas jurídicas que pretenden subsumir lo que no ha sido comprendido en el plano legal. La «excepción» es la figura de la singularidad irrepresentable, lo que no puede ser incluido en caso alguno se incluye en la forma de «excepción».³⁰ Por ello, se podría deducir que el «estado de excepción» no es el caos que se opone a la instauración del orden jurídico, sino la situación que resulta de su suspensión en pos de su conservación.

²⁷ «Soberano es quien decide sobre el estado de excepción... Solo esta definición puede ser justa para el concepto de soberanía como concepto límite. Pues concepto límite no significa concepto confuso, como en la impura terminología de la literatura popular, sino concepto de la esfera más extrema. A él corresponde que su definición no pueda conectarse al caso normal, sino al caso límite.» Schmitt, Carl. *Teología Política*. Madrid: Trotta, 2009: 13.
²⁸ Cfr. Kelsen, Hans. *La teoría pura del Derecho*. México: Colofón, 1987: 71-72.
²⁹ Schmitt, Carl. *Teología Política*. Madrid: Trotta, 2009: 16.
³⁰ «La excepción es lo que no puede ser incluido en el todo al que pertenece y que no puede pertenecer en el conjunto que está ya siempre incluida. Lo que emerge en esta figura –límite- es la crisis radical de toda posibilidad de distinguir entre pertenencia y exclusión, entre lo que está afuera y lo que está adentro, entre excepción y norma.» Agamben, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-textos, 2010: 39.

La «relación de excepción» permite la integración de aquello que excede a la norma y que sólo puede incluirse a través de su exclusión. La excepción es, según su sentido etimológico, aquella situación que ha sido *sacada fuera (ex-capere)* y no, simplemente, excluida. Si bien se trata de un caso excluido de la norma general, se mantiene en conexión con ella bajo la forma de suspensión; la norma es la que, suspendiéndose, da lugar a la excepción –y de este modo permite que se constituya como regla-, y no la excepción la que se sustrae arbitrariamente de la norma.

La validez de una norma, debido a que es general, debe valer independientemente a su aplicación en el caso particular. Por ello, la norma sólo puede vincularse con el caso particular gracias a que la «excepción» permanece vigente como pura potencia en la suspensión de toda referencia real, es decir, la Ley presupone lo no-jurídico como aquello con lo que mantiene una relación potencial a través del «estado de excepción». En cada norma que manda prohíbe algo está inscrita una excepción del caso particular, tal como la pena capital: matar a un hombre, no como violencia natural sino como violencia soberana en el «estado de excepción».

La «excepción», al ser la instancia jurídica que posibilita la vigencia de la Ley, trasciende el ámbito del Derecho. Por ello, la situación creada por el caso excepcional no puede ser considerada ni como una situación de hecho ni como una situación de Derecho, sino como un umbral de indiferencia.

El «estado de excepción» no es un derecho especial –tal como el derecho de guerra-, sino el umbral o el concepto límite del propio Derecho, en tanto define la suspensión del propio orden jurídico.³¹ Tampoco se trata únicamente de una categoría jurídica, ni de una potencia exterior al Derecho o una norma suprema del orden jurídico; la «excepción», en este sentido, es la estructura fundacional, en su doble acepción, origina y fundamenta el Derecho, ya que puede crear Derecho sin tener que recurrir a él directamente.³²

La «decisión» sobre la «excepción» es la estructura político-jurídica originaria, puesto que no existe una norma que pueda ser aplicada en el caos. El soberano es el responsable de crear la situación.³³ El caos debe ser incluido mediante la creación de una zona de indiferenciación entre el exterior y el interior, entre el caos y la situación normal. A través de la «excepción», lo

³¹ Agamben, Giorgio. *Estado de excepción: Homo sacer, II, I*. Buenos Aires: Adriana Herrera, 2003: 28.
³² « El caso excepcional transparenta de la manera más luminosa la esencia de la autoridad del Estado. Vemos que en tal caso la decisión se separa de la norma jurídica y, si se nos permite la paradoja, la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho.» Schmitt, Carl. *Teología Política*. Madrid: Trotta, 2009: 18.
³³ « La norma exige un medio homogéneo. Esta normalidad fáctica no es un simple «supuesto externo» que el jurista pueda ignorar; antes bien, es parte de su validez inmanente. No existe una sola norma que fuera aplicable a un caos. Es menester que el orden sea restablecido, si el orden jurídico ha de tener sentido. Es necesario de todo punto implantar una situación normal, y soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal. El derecho es siempre «derecho de una situación». El soberano crea esa situación y la garantiza en su totalidad. El asume el monopolio de la última decisión. En lo cual estriba precisamente la esencia de la soberanía del Estado, que más que monopolio de la coacción o del mando, hay que definirla jurídicamente como el monopolio de la decisión, en el sentido general que luego tendremos ocasión de precisar... » Schmitt, Carl. *Teología Política*. Madrid: Trotta, 2009: 18.

que está incluido y lo que ha quedado excluido adquiere sentido por primera vez. A través de una exclusión inclusiva se abre el espacio en el que se pueden establecer límites entre lo interno y lo externo y de los territorios en los que es posible asignar normas determinadas.

Como dispositivo original por medio del cual el Derecho se vincula con la vida, el «estado de excepción», crea una dimensión oscura y ambigua vincula al poder soberano con la Ley. Esta relación no refiere ni a una *quaestio iuris* ni a una *quaestio factis*, sino a la propia relación entre el hecho y el Derecho, es decir, concierne a la naturaleza íntima de la ley y no sólo a la irrupción de la vida efectiva-. En otras palabras, en el «estado de excepción» se evidencia la inclusión de la violencia como hecho jurídico primordial, y no sólo como castigo del primer acto, de tal modo que, a través de una inclusión excluyente, el hecho y el Derecho se vuelven indistinguibles.

La afirmación según la cual «la regla vive solo de la excepción» debe ser tomada pues literalmente. El derecho no tiene otra vida que la que consigue integrar dentro de sí a través de la exclusión inclusiva de la *exceptio*: se nutre de ésta y sin ella es letra muerta. En este sentido realmente el derecho «no tiene por sí mismo ninguna existencia pero su ser es la vida misma de los hombres». La decisión traza y renueva cada vez este umbral de indiferencia entre lo externo y lo interno, la exclusión y la inclusión, *nómos* y *phýsis*, en el que la vida está originariamente situada como una excepción en el derecho. Su decisión nos sitúa ante un indecible.³⁴

El orden jurídico-político tiende a incluir aquello que ha expulsado, ya que sólo puede tener soberanía sobre aquello que es capaz de interiorizar³⁵; por ello, el vigor de la Ley depende de su disposición a mantenerse en relación con su exterioridad.

El ordenamiento del espacio que, según Schmitt, da lugar al «nomos soberano», no surge únicamente de la «ocupación del espacio» —*Landnahme*»³⁶, es decir, de la identificación entre la

³⁴ Agamben, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-textos, 2010: 42.

³⁵ «... el Estado siempre ha estado en relación con un afuera, y no se puede concebir independientemente de esta relación. La ley del Estado no es la del Todo o Nada (sociedades con Estado o sociedades contra Estado), sino la de lo interior y lo exterior. El Estado es la soberanía. Pero la soberanía sólo reina sobre aquello que es capaz de interiorizar, de apropiarse localmente. No sólo no hay un Estado universal, sino que el afuera de los Estados no se deja reducir a la «política exterior», es decir, a un conjunto de relaciones entre Estados. El afuera aparece simultáneamente en dos direcciones: grandes máquinas mundiales, ramificadas por todo el ecumene en un momento dado, y que gozan de una amplia autonomía con relación a los Estados (por ejemplo, organizaciones comerciales del tipo «grandes compañías», o bien complejos industriales, o incluso formaciones religiosas como el cristianismo, el islamismo, ciertos movimientos de profetismo o de mesianismo, etc.); pero también, mecanismos locales de bandas, márgenes, minorías, que continúan afirmando los derechos de sociedades segmentarias contra los órganos de poder de Estado.» Deleuze, Gilles, y Félix Guattari. *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*. Cuarta. Valencia: Pre-textos, 2000: 367.

³⁶ En lenguaje mítico, la «tierra» está unida al derecho y a la justicia por una raíz triple: en primer lugar, la «tierra fértil» es la marca del esfuerzo y el trabajo que son recompensados con «justicia» gracias a la cosecha; en segundo lugar, el «suelo labrado» muestra líneas fijas que hacen visibles determinadas divisiones, se evidencian las medidas y las reglas según se organiza el trabajo; la «tierra» lleva sobre su superficie firme vallados y cercados que revelan la ordenación de los asentamientos humanos, las formas de poder y de dominio se hacen públicas. La «tierra»

«organización del espacio» –«*Ortung*»- y la fijación del «orden jurídico» –«*Ordnung*»-, sino, sobre todo, de la «ocupación del afuera» –«*Ausnahme*»-, de la «excepción»³⁷.

La excepción es, en este sentido, la localización (*Ortung*) fundamental, que no se limita a distinguir lo que está dentro y lo que está fuera, la situación normal y el caos, sino que establece entre ellos un umbral (el estado de excepción) a partir del cual lo interior y lo exterior entran en esas complejas relaciones topológicas que hacen posible la validez del ordenamiento.³⁸

Por medio de una suspensión del Derecho, se pretende «encerrar el afuera», es decir, el sistema jurídico interioriza el exceso designando un exterior de sí mismo y creando, al mismo tiempo, una «interioridad de espera o de excepción». No se trata de controlar o neutralizar el exceso, sino crear el espacio en que el orden jurídico-político puede tener valor y, en consecuencia, es capaz de gestionar el desorden.

El soberano, a través del estado de excepción, «crea y garantiza la situación» necesaria en la que el Derecho pueda tener vigencia.

Lo excepcional es lo que no se puede subsumir; escapa a toda determinación general, pero, al mismo tiempo, pone al descubierto en toda su pureza un elemento específicamente jurídico, la decisión. El caso excepcional, en su configuración absoluta, se impone la necesidad de crear una situación dentro de la cual puedan tener validez los preceptos jurídicos.³⁹

La soberanía, fundada en el poder de decidir sobre el estado de excepción, representa una paradoja para la dogmática del Derecho: «El soberano está, al mismo tiempo, fuera y dentro del ordenamiento jurídico.»⁴⁰ Al tener el poder legal para suspender la validez de la ley, jurídicamente, el soberano trasciende el ámbito del Derecho positivo a través de su suspensión, pero sin dejar de estar vinculado a él, puesto que dicha competencia está determinada jurídicamente.⁴¹

representa el premio al trabajo, el límite firme y el signo público del orden. El «mar» no contiene un vínculo tan evidente; aunque sus riquezas son extraídas como fruto del trabajo y el esfuerzo, no hay una medida fija entre la siembra y la cosecha; tampoco se puede trazar líneas fijas, los barcos no dejan huellas en su camino, «... sobre las olas, todo es ola». El «mar» no es territorio estatal, está abierto a todos de la misma manera, es el espacio de la ambivalencia; puede ser escenario de múltiples eventos al mismo tiempo: «En tal circunstancia, el pescador pacífico puede pescar pacíficamente en el mismo lugar en que la potencia marítima beligerante puede colocar sus minas, y el neutral puede navegar libremente en el mismo espacio en que los beligerantes pueden aniquilarse mutuamente con ayuda de minas, submarinos y aviones» Schmitt, Carl. *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del «Ius publicum europaeum»*. Granada: COMARES, 2002

³⁷ Cfr. Agamben, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nude vida*. Valencia: Pre-textos, 2010: 32.

³⁸ Agamben, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nude vida*. Valencia: Pre-textos, 2010: 32.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Agamben, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nude vida*. Valencia: Pre-textos, 2010: 27.

⁴¹ «Y eso significa que la paradoja de la soberanía puede formularse también de esta forma: «La ley está fuera de sí misma», o bien: «Yo, el soberano, que estoy fuera de la ley, declaro que no hay un afuera de la ley»...» *Ibidem*.

Toda norma general requiere que las relaciones vitales a las cuales ha de ser aplicada efectivamente y que han de quedar sometidas a su regulación normativa, tengan configuración normal. La norma exige un medio homogéneo. Esta normalidad fáctica no es un simple «supuesto externo» que el jurista pueda ignorar; antes bien, es parte de su validez inmanente. No existe una sola norma que fuera aplicable a un caos. Es menester que el orden sea restablecido, si el orden jurídico ha de tener sentido. Es necesario de todo punto implantar una situación normal, y soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal. El derecho es siempre «derecho de una situación». El soberano crea esa situación y la garantiza en su totalidad. El asume el monopolio de la última decisión. En lo cual estriba precisamente la esencia de la soberanía del Estado, que más que monopolio de la coacción o del mando⁴²

La relación de excepción es una relación de «bando». El «bando», antiguo término germánico que refiere a la exclusión de la comunidad y al mandato del soberano, representa esa potencia de la ley que se aplica desaplicándose. El bando es una forma de establecer una relación con lo que está fuera de relación, es decir, identifica la forma límite de relación. El que ha sido puesto en bando no queda fuera de la ley, sino que es abandonado por ella, queda expuesto en el umbral donde la vida y el Derecho se confunden. Es en este sentido en el que la paradoja de la soberanía puede revestir la forma:

«No hay un afuera de la ley». *La relación originaria de la ley con la vida no es la aplicación, sino el Abandono. La potencia insuperable del *nomos*, su originaria «fuerza de ley», es que mantiene a la vida en su bando abandonándola...*⁴³

El hecho de que la soberanía esté sujeta a la ley, tal como lo establece la tradición democrática del estado de Derecho, no elimina la paradoja, por el contrario, la acentúa. En el siglo XX tiene lugar un fenómeno paradójico: la «guerra civil legal», tratado tanto por Hannah Arendt –*Sobre la revolución*– como Carl Schmitt –*Teoría del partisano*–. La «guerra civil legal», instaurada a través del «estado de excepción», se ha constituido en el paradigma dominante de la política contemporánea. La dislocación de una medida provisoria que se convierte en una técnica de gobierno ha transformado de forma radical la estructura y el sentido del Derecho, ya que el «estado de excepción» se presenta como un umbral de indeterminación entre la democracia y el totalitarismo.⁴⁴

Tómese el caso del Estado nazi. No bien Hitler toma el poder (o, como se debería decir acaso más exactamente, no bien el poder le es entregado)), proclama el 28 de febrero el *Decreto para la protección del pueblo y del Estado*, que suspende los artículos de la Constitución de Weimar concernientes a las libertades personales. El decreto

⁴² Schmitt, Carl. *Teología Política*. Madrid: Trotta, 2009: 18.

⁴³ Agamben, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-textos, 2010: 44.

⁴⁴ Agamben, Giorgio. *Estado de excepción: Homo sacer, II, I*. Buenos Aires: Adriana Herrera, 2003: 25-26.

no fue nunca revocado, de este modo todo el Tercer Reich puede ser considerado, desde el punto de vista jurídico, como un estado de excepción que duró doce años. El totalitarismo moderno puede ser definido, en este sentido, como la instauración, a través del estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite la eliminación física no sólo de los adversarios políticos sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón resultan no integrables en el sistema político. Desde entonces la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente (aunque eventualmente no ganado en sentido técnico) devino una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, aún de aquellos así llamados democráticos.⁴⁵

En el siglo XX, los totalitarismos modernos implementaron, a través del estado de excepción⁴⁶, una «guerra civil legal» que permitió la eliminación física no sólo de los adversarios políticos, también de categorías enteras de ciudadanos que, por alguna razón, eran inasimilable para el régimen. La dislocación de una medida provisoria —que se vuelve una técnica de gobierno— ha modificado la estructura y el sentido de las formas jurídicas, produciendo un umbral de indefinición entre la democracia y el totalitarismo. Así, el estado de excepción tiende a presentarse como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea.

Desde entonces, la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente (aunque eventualmente no declarado en sentido técnico) devino una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, aun de aquellos así llamados democráticos.⁴⁷

La *military order*, emanada el 13 de noviembre del Presidente de los Estados Unidos, autorizando la «*indefinite detention*» —«detención indefinida»— y las «*military comissions*» —«comisiones militares»— para procesar a los no-ciudadanos que se encuentren bajo sospecha de estar implicados en actividades terroristas, revela al estado de excepción como una estructura originaria, donde se inserta al singular en el Derecho a través de su suspensión. La novedad de la «orden» del Presidente Bush radica en la creación de los «*detainees*» —«detenidos»—, una categoría jurídicamente inclasificable que cancela todo estatuto legal del individuo.

Aunque la *USA Patriot Act*, aprobada por el Senado el 26 de octubre de 2001, autorizaba al *Attorney general* poner bajo custodia a los sospechosos de actividades que pusieran en peligro la seguridad nacional de los Estados Unidos; los detenidos debían ser expulsados o acusados de violación a la ley de inmigración o algún otro delito en un plazo máximo de siete días. A los

⁴⁵ Agamben, Giorgio. *Estado de excepción: Homo sacer, II, I*. Buenos Aires: Adriana Herrera, 2003: 25.

⁴⁶ «Tómese el caso del Estado nazi. No bien Hitler toma el poder (o, como se debería decir acaso más exactamente, no bien el poder le es entregado), proclama el 28 de febrero el *Decreto para la protección del pueblo y del Estado*, que suspende los artículos de la Constitución de Weimar concernientes a las libertades personales. El decreto nunca fue revocado, de modo que todo el Tercer Reich puede ser considerado, desde el punto de vista jurídico, como un estado de excepción que duró doce años.» *Ibid.*: 25.

⁴⁷ *Ibidem*.

talibanes capturados en Afganistán se les ha negado el estatuto de POW –contraviniendo lo establecido por la Convención de Ginebra-, tampoco se les ha imputado algún delito de acuerdo a las leyes norteamericanas; se encuentran en una detención indefinida, no sólo en el sentido temporal, también en cuanto a su naturaleza que ha sido sustraída de cualquier control legal.

El estado de excepción como respuesta a la crisis política

Clasificamos habitualmente a los Estados según la forma en que el poder supremo está distribuido: si pertenece a uno solo, es una monarquía; si pertenece a todos, una democracia, etc. Este poder supremo, ¿contra quién se ejerce? Contra el individuo y su libertad de individuo. El poder del Estado emplea la fuerza, el individuo no debe hacerlo. En manos del Estado la fuerza se llama Derecho, en manos del individuo recibirá el nombre de crimen. Crimen significa el empleo de la fuerza por el individuo; sólo por el crimen puede el individuo destruir el poder del Estado, cuando considera que está por encima del Estado y no el Estado por encima de él.

Max Stirner, El único y su propiedad

Al circunscribir con precisión los casos en el que el orden jurídico se suspende a sí mismo, el estado de Derecho pretende regular lo más posible el «estado de excepción». Schmitt sostiene que por definición, el estado de excepción no puede ser constreñido dentro de la norma. La validez de la norma general exige un medio homogéneo, ya que no existe norma que pueda ser aplicada en el caos. A través del el caso excepcional, el Estado soberano pretende crear una situación en la cual el orden, nuevamente, adquiera sentido y, en consecuencia, en el que tengan validez los preceptos jurídicos. En este sentido, el «estado de excepción» puede definirse como la respuesta inmediata del poder estatal a los conflictos más extremos.

«Toda norma general requiere que las relaciones vitales a las cuales ha de ser aplicada efectivamente y que han de quedar sometidas a su regulación normativa, tengan configuración normal. La norma exige un medio homogéneo. Esta normalidad fáctica no es un simple «supuesto externo» que el jurista pueda ignorar; antes bien, es parte de su validez inmanente. No existe una sola norma que fuera aplicable a un caos. Es menester que el orden sea restablecido, si el orden jurídico ha de tener sentido. Es necesario de todo punto implantar una situación normal, y

soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal. El derecho es siempre «derecho de una situación»...»⁴⁸

Probablemente, en Francia, durante la época de la Revolución, surgió el «estado de excepción» moderno⁴⁹. Durante el siglo XVIII, para someter los desórdenes acontecidos por motivo de las cosechas, se implementó la jurisdicción prebostal. Los tribunales prebostales eran tribunales militares que sentenciaban en primera y última instancia en caso de disturbio y amenaza a la seguridad pública, sin importar que los autores fueran soldados o civiles.⁵⁰ Se facultaba a los comisarios prebostales para que ejercieran una actividad judicial extraordinaria dentro de sus circunscripciones, lo que comúnmente significaba una abreviación sumaria del proceso.⁵¹ Esta prerrogativa recaía en el comandante de la gendarmería organizada militarmente. Se recurrió a esta medida en numerosas ocasiones para restablecer el orden jurídico y la seguridad, en el momento que acontecían desórdenes internos, los llamados *cas prévôtaux* –el atraco en caminos, el saqueo, el motín y la perturbación de la seguridad pública–.

Uno de los principales problemas de la aplicación de estas medidas extraordinarias fue justificar jurídicamente las violaciones inevitables al cuerpo, a la vida y a la propiedad, tanto de los amotinados como de los terceros no participantes del motín, causadas por la injerencia de la autoridad militar. Aunque en repetidas ocasiones se declaró, como descargo, que los civiles que fueran encontrados con armas en las manos serían sometidos al Derecho de guerra, esto no explicaba la afección a terceros cuando había que reprimir una subversión por medios militares. Pues, cuando se declaraba que alguien estaba «*bors-la-loi*» –«fuera-de-la-ley» se autorizaba a todos los ciudadanos franceses disparar en contra de los desertores y de los traidores. Esta declaración producía una ficción de un fallo pronunciado y ejecutado inmediatamente, ya que se asumía que la infamia del hecho era en sí misma acusadora y testigo; por tanto, el abatimiento del enemigo debía ser considerado *de facto* como la sentencia y el cumplimiento de la misma.⁵²

Allí donde todavía está viva la representación de que mediante un determinado acto se coloca uno fuera de la ley, allí donde su autor se convierte *ipso facto* en

⁴⁸ Schmitt, Carl. *Teología Política*. Madrid: Trotta, 2009: 18.

⁴⁹ Cfr. Agamben, Giorgio. *Estado de excepción: Homo sacer, II, I*. Buenos Aires: Adriana Herrera, 2003: 23-25.

⁵⁰ En el caso anglosajón, aunque la Carta de Derechos –*Bill of rights*– prohibió las comisiones extraordinarias –que podían condenar a muerte tanto a civiles como soldados–, en caso de motín, la autoridad militar podía intervenir, a solicitud de la autoridad civil. Cfr. Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 222.

⁵¹ Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 221.

⁵² Cfr. Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 227.

proscrito, *hostis*, rebelde o enemigo de la patria, dicho autor es, según esta idea, un fuera de la ley, y objeto sin más ejecución por parte de cualquiera.⁵³

La Convención Nacional, al tratar de suprimir la organización estatal vigente, configuró una serie de instituciones que sirvieran para asegurar el ordenamiento emergente frente a una posible subversión. En la primera parte de la Revolución francesa se tendió a limitar la autoridad militar. Los jacobinos se opusieron a la «*loi martiale*», en primer lugar, porque podía limitar el apoyo que habían obtenido de las masas no organizadas para obtener su poder político; además, le otorgaba a las autoridades municipales, que tenían *de facto* una autonomía administrativa, una disposición sobre las fuerzas armadas, que podían usar en contra de las aspiraciones centralistas del gobierno revolucionario.

Por ese motivo, la Convención Nacional decidió que la «ley marcial» quedaría a disposición de sus comisarios; así, conservó su carácter netamente militar. A las autoridades civiles se les concedió la facultad de llamar a la fuerza militar en caso de peligro para el orden público, el comandante militar quedó subordinado a una instancia civil; por ello, no se les consideraba responsables de las consecuencias, pues sólo se le permitía actuar efectivamente, pero no tomar decisiones ni resoluciones.⁵⁴

La «ley marcial»⁵⁵ —«*loi martiale*»— emergió como un intento de distinguir esta esfera de acción militar fáctica del consejo de guerra acorde al Derecho militar, se trataba de una especie de

⁵³ Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 227.

⁵⁴ «La *loi martiale* se anunciaba izando una bandera roja en el balcón principal del Ayuntamiento, requiriendo simultáneamente las autoridades municipales a los *chefs* de la guardia nacional, es decir, de la guardia cívica, o de la gendarmería o de las tropas regulares, a prestar ayuda con fuerzas armadas. Con la señal de la bandera roja se hacían punibles todos los tumultos (*attroupements*), ya fuera con armas o sin ellas, y debían ser dispersados por las fuerzas armadas. La fuerza armada requerida (guardia nacional, gendarmería o tropas regulares) tenían que marchar inmediatamente, bajo el mando de sus oficiales y acompañada por lo menos de un funcionario municipal, a cuyo efecto debían llevar igualmente por delante una bandera roja. Un funcionario municipal (no el oficial) tenía que preguntar a la multitud amotinada cual era el motivo del tumulto. La multitud debía designar seis hombres para exponer sus quejas y peticiones, teniéndose que retirar en seguida los demás de una manera pacífica. Si esto no acontecía, el funcionario municipal los exhortaba a retirarse pacíficamente a sus casas. La exhortación se hacía con la siguiente fórmula: *Avis est donné que la loi martiale est proclamée, que tous attroupements son criminels; on va faire feu: que les citoyens se retirent*. Si la multitud se retraba pacíficamente, enconces solamente se perseguía y castigaba a los cabecillas, en proceso extraordinario. Si la multitud cometía actos de violencia antes o durante la exhortación o si después del tercer requerimiento no se retiraba pacíficamente, entonces entraba en funciones la fuerza armada,, En toda la regulación se arte del supuesto de que toda la iniciativa y la dirección radica en las autoridades municipales (elegidas por los ciudadanos) y de que el comandante militar solamente es un ejecutivo que presta obediencia.» Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 231-232.

⁵⁵ «La idea de que en la guerra y el motín actúa la autoridad militar como sustitutivo de los tribunales, a cuyo efecto la *martial law* presupone una especie de *justitium*, ha estado siempre viva en el pensamiento jurídico anglosajón y así sucede, por ejemplo, también en la ley americana de 1795 (que, según Garner, está todavía en vigor), la cual confiere al presidente de los Estados Unidos la facultad de llamar a la milicia en caso de invasión enemiga o desacato a la ley o de impedimento de su ejecución, de tal manera que la situación de violación de la ley no pueda ser reprimida por la jurisdicción ordinaria y el poder ejecutivo, cuyo llamamiento, según el art. I, sec. 8, n.º 16 de la Constitución, es de por sí la competencia de Congreso.» Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 223-24.

situación ajurídica que, considerando el interés de reprimir al adversario, le permitía al ejecutivo, personificado por la autoridad militar, proceder sin tener en cuenta las barreras legales. En el caso de motín se podía declarar la «ley marcial», pues representaba un peligro inmediato para la seguridad público y los tribunales ordinarios eran insuficientes para enfrentar la amenaza.⁵⁶

En el decreto del 23 de febrero de 1790 de la Asamblea Nacional Constituyente, se les exigía a las autoridades municipales que declarasen la «ley marcial» cada vez que estuviera en peligro la seguridad pública. La guardia nacional, la gendarmería nacional y las tropas debían seguir los requerimientos de la autoridad administrativa para mantener el orden público y asegurar el respeto a las leyes. Cuando los motines aumentaron, se contempló que la «ley marcial» se mantendría hasta que fuera suspendida expresamente, además les otorgó a las autoridades civiles la facultad de solicitar a las fuerzas armadas que reprimieran los tumultos y obligaba a todo ciudadano a cooperar, bajo ciertos supuestos, en la represión.

La «*loi martiel*» es un espacio libre para la ejecución de una operación militar en el que puede acontecer lo que se considere necesario –de acuerdo a la situación de las cosas-; se trata de una acción fáctica, en apariencia un procedimiento legal, liberada de consideraciones jurídicas puesta al servicio de un fin político. Desde el punto de vista jurídico, se trata de un proceso sumario que por su inmediatez se puede equiparar a un procedimiento ejecutivo; desde la perspectiva fáctica, se transfieren al comandante militar las facultades jurídicas de las demás autoridades, por lo que la medida permanece inaccesible a una aprehensión jurídica⁵⁷. Si la división de poderes corresponde a la situación manifiesta del Estado en tanto el estado de Derecho se mantiene vigente, en la «ley marcial» se suprime dicha división y es sustituida por el mando del comandante militar.

A pesar de su nombre, el derecho de guerra no es, en este sentido, derecho ni ley, sino un procedimiento dominado esencialmente por un fin fáctico, en el que la regulación jurídica se limita a precisar los presupuestos bajo los cuales entra en acción (solicitud de las autoridades civiles, requerimiento para dispersarse, etc.) Como fundamento jurídico para la situación ajurídica se hace valer que en tales

⁵⁶ «Tanto el presidente (concretamente Lincoln) como el comandante militar han hecho con frecuencia uso de esta facultad, a menudo con la autorización del Congreso, pero a veces también sin ella (el comandante militar con la sola autorización del presidente) y, con la jurisdicción ordinaria en suspenso, han hecho juzgar a los amotinados por «comisiones militares». La célebre sentencia que sobre un caso semejante dictó la Corte Suprema de Justicia *ex parte Milligan*... repite la argumentación tradicional de que en caso de invasión enemiga o de guerra civil, si los tribunales están cerrados o si es imposible ejercer la jurisdicción criminal con arreglo a la ley en el territorio donde domina efectivamente la guerra, la autoridad civil suspendida tiene que ser sustituida por otro *power*, para velar por la seguridad del ejército y de la sociedad.» Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 223.

⁵⁷ «En el caso de un traspaso total del poder ejecutivo, no sería ya posible, naturalmente, ningún recurso jurídico, porque entonces a través del hecho no solamente se expresaría la disposición, sino que también se expresaría simultáneamente la denegación del recurso jurídico tal vez admisible de manera que el acto podría contener una riqueza fantástica de composiciones.» Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 226.

casos los demás poderes resultan impotentes e ineficaces y, especialmente, los tribunales. Entonces debe entrar en acción una especie de sustitutivo (*some rude substitute*), cuya acción debe ser a la vez juicio y ejecución.⁵⁸

Se procuraba que la «ley marcial» contuviera una serie de preceptos formales⁵⁹, pues no se trataba de una batalla contra el enemigo exterior, sino de un ataque contra el adversario político interno, es decir, la acción violenta del Estado se dirigía contra los propios ciudadanos. Pero tales preceptos no afectan la acción, sino únicamente los presupuestos. Esta distinción dio pie a una diferenciación entre dos formas diferentes de regulación jurídica: la conveniencia técnica material –que delimita los presupuestos de la acción- y la normalización jurídica –que delimita el contenido conforme a las circunstancias del hecho-. Al normar la intervención de las fuerzas militares contra los ciudadanos se podía instituir mayores garantías, de tal modo que sólo sería admitido este recurso en caso de gravedad; pero, una vez desplegadas las fuerzas se carecería de una regulación del contenido mismo de la acción.

Aquí la normalización tiene que limitarse a establecer con precisión los presupuestos bajo los cuales se da el caso de gravedad. La ley indica entonces un supuesto de hecho que o bien contiene el verdadero concepto delimitado con arreglo a las circunstancias de hecho, es decir, delimitado con precisión, o bien trata de establecer, mediante una especie de división de los poderes, una garantía que deje la decisión sobre el presupuesto del caso de gravedad a una parte distinta de la militar, es decir, distinta de aquella que ejecuta efectivamente la acción. Pero esta división de la competencia falla frente al caso de necesidad. Lo mismo que en la legítima defensa, cuando se da el presupuesto, o sea, un ataque antijurídico actual, puede llegarse a todo lo que sea necesario para rechazar el ataque, sin que en su regulación jurídica se dé ninguna indicación acerca de lo que es necesario para rechazar el ataque, así también sucede con la acción que resulta necesaria con arreglo a la situación de las cosas, una vez que tienen lugar los presupuestos para la acción del caso de gravedad.⁶⁰

En el momento en que se hizo responsable a las municipalidades de los daños que causarían los tumultos, surgió una consecuencia inherente al derecho de necesidad: quien lo ejerce es también quien decide acerca de si se cumplen los presupuestos para declararlo.⁶¹ Bajo el

⁵⁸ Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 223.

⁵⁹ «El problema jusnaturalista de si un estado general de necesidad y la guerra de todos contra todos lleva unida una situación jurídica puede ser, pues, siempre actual. Pro para una consideración científico-jurídica, lo decisivo en tales construcciones del proceder *via facti* es que ignoran justamente lo que es esencial al derecho, esto es, la forma.» Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 228.

⁶⁰ Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 229.

⁶¹ Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 233.

auspicio del soberano –quien daría las instrucciones necesarias para el restablecimiento de orden-, las fuerzas militares podían actuar en ciertos casos urgentes sin el requerimiento de la autoridad civil. Fundado en este precepto, en la Constitución de 1791 se contempla que cuando las fuerzas armadas actúen de hecho en contra los amotinados, las fuerzas armadas no tendrán ninguna responsabilidad por las consecuencias que pudieran derivarse de su intervención.

En la ley del 8 de julio de 1791 se aborda la cuestión del «estado de sitio» –«*état de siège*»-; refiere a la regulación de las relaciones entre las autoridades civiles y militares y al mantenimiento de las plazas y los puestos militares. Se distingue entre tres estados: «estado de paz» –«*état de paix*»-, donde la autoridad militar sólo tiene jurisdicción sobre las tropas y los demás asuntos policiales incumben a la autoridad civil; «estado de guerra» –«*état de guerre*»-, donde las autoridades civiles conservan sus facultades policial, pero el comandante militar puede implementar medidas que correspondan a la policía, si conciernen a la seguridad militar de la plaza, la autoridad civil no podía dar ninguna orden sin ponerse previamente de acuerdo con el comandante militar, además, tiene que publicar todas las ordenanzas de policía que el comandante militar considere necesarias en interés de la seguridad de la plaza⁶²; y «estado de sitio» «*état de siège*», donde todas las facultades jurídicas de la autoridad civil que tengan relación con el mantenimiento del orden son transferidas al comandante, quien las ejercerá bajo su propia responsabilidad; no se trata sólo de las facultades ejecutivas, sino de todas las prerrogativas constitucionales conferidas a la autoridad civil cuya competencia implique el mantenimiento del orden y de la seguridad pública.⁶³

La palabra «*état*» refiere a una situación a la que van ligadas consecuencias técnicas que posibilitan la vivencia del Derecho.

El estado de sitio de una fortaleza es, como el estado de defensa (*état de défense*) o la prevención de un sector de tropas (*état de requisition permanente*), una situación fáctica de naturaleza militar. Si el comandante militar lo declara expresamente, esto no significa jurídicamente nada distinto a cuando el que actúa en legítima defensa llama la atención a su adversario para advertirle que a hacer uso de un derecho de legítima defensa. El estado de sitio no se ha convertido todavía en punto de partida para una ficción, con ayuda de la cual habrán de producirse determinadas consecuencias jurídicas.⁶⁴

⁶² «Pero para esto se le conceden amplias facultades , que el comandante militar puede ejercer sin más: llamamiento de los obreros para la defensa, expulsión de los extranjeros, sospechosos y *bouches inutiles*, y finalmente poder general para adoptar todas la medidas que vayan en interés de la defensa y eliminar todo lo que obstaculice los movimientos de las tropas y la defensa...» Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 241.

⁶³ Cfr. Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 234-235.

⁶⁴ Cfr. Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 237.

Tras el golpe de estado del 18 Fructidor V —4 de septiembre de 1797-, producto del rol preponderante que había adquirido en ejército dentro del Estado revolucionario, se acentuó el carácter militar de la legislación; se extendió la aplicación del «estado de guerra» y del «estado de sitio» a las municipalidades de la provincia. En un primer momento, el Directorio podía declarar el «estado de guerra», pero no el «estado de sitio»; en caso de que fuera declarado el «estado de guerra», el comandante militar se convertiría en el *chef* comisarial del municipio. Posteriormente, se le concedió al Directorio la facultad de establecer el «estado de sitio», sin tener que esperar el consentimiento de la Asamblea Legislativa. Al sustituir el acto del estado de necesidad real por el acto formal de la declaración, el gobierno tenía la posibilidad de instaurar el «estado de sitio» si lo consideraba necesario, poniendo este procedimiento técnico-militar al servicio de la política interior.

Aun cuando no se mencionaba el «estado de sitio», la Constitución del 22 Frimario VIII —13 de diciembre de 1799-, en su artículo 92, introdujo un nuevo desarrollo: la suspensión de la Constitución *in toto* mientras la seguridad del Estado estuviera amenazada por los amotinamientos. El comandante militar debía todos los servicios, tanto militares como civiles; Las facultades ejecutivas y judiciales transmitidas, a través de un medio técnico-administrativo, rebasarían la autoridad de las instancias civiles con el fin de asegurar un fin militar.

Aquí domina por completo la representación de que el interés de la operación militar justifica toda injerencia en los derechos de libertad ciudadana, incluso sin la suspensión de los preceptos correspondientes de la Constitución. El estado de sitio... da lugar a que el comandante se convierta en superior de todas las autoridades civiles que ejerzan una actividad relacionada con el mantenimiento del orden público y la policía y también a que retenga para sí toda la autoridad que compete a esos funcionarios. Puede ejercerlas por sí mismo o «delegarlas» a su criterio en las autoridades civiles, las cuales las ejercerían entonces en nombre del comandante militar y bajo su vigilancia (*surveillance*) en todo el recinto de la fortaleza o del bloqueo. Se admite, pues, que existe un derecho propio del comandante militar, no derivado de ninguna cesión de facultades civiles, el cual no es, por tanto, una mera acumulación de competencias de la autoridad civil, y que le es atribuido para el mantenimiento del orden y la seguridad públicos.⁶⁵

En la Constitución de 1815 se decretó que en los tumultos ciudadanos, sólo podía declararse el «estado de sitio» a través de una *lay*, es decir, en virtud de la representación popular; pues, la decisión de emplear la fuerza militar contra los propios ciudadanos no podía quedar sujeta al arbitrio del jefe supremo del ejército —en este caso, el emperador-, ya que los tribunales militares infringían los derechos constitucionales.

⁶⁵ Schmitt, Carl. La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 242.

Al ser considerado un medio técnico-administrativo, en el que la autoridad podía hacer lo que le pareciera necesario, el gobierno de la restauración recurrió al «estado de sitio» para la lucha contra el enemigo interno, limitando las garantías constitucionales, en particular la libertad personal y la libertad de prensa⁶⁶. Para el derecho de excepción, invocado por el estado de necesidad, las libertades representan un problema de soberanía: todas las partes reconocen que el ejercicio de la soberanía está vinculado a facultades legalmente reguladas, pero la soberanía se supone por principio un poder estatal ilimitado —que permanece latente— y su vinculación con la regulación ordinaria sólo tiene validez en el caso normal; en la monarquía, la excepción no representaba un apoderamiento para el caso de necesidad, sino una expresión de su soberanía, por tanto, no se consideraría inconstitucional adoptar órdenes que contravinieran las leyes existentes e, incluso, la misma Constitución —si era necesario para asegurar el orden existente a juicio del Rey—. Si bien el soberano no podía modificar el contenido de la Constitución, tenía la obligación de asegurarla y protegerla de modificaciones; por ello, se le dotaba de un «poder supremo» —*pouvoir suprême*— que le facultaba para pasar por encima del ordenamiento legal.

En este sentido, Schmitt recuperaría el concepto de soberanía ilimitada, cuando menos en potencia, para enarbolar un fundamento jurídico de la dictadura; pues, si la soberanía es considerada como la omnipotencia estatal, la Constitución no establece una delimitación integral de los poderes, únicamente abarca su contenido calculable⁶⁷. La soberanía, entonces, se convierte en una facultad, ilimitable por principio, para decidir lo que se debe hacer de acuerdo a la exigencia de la situación en interés de la seguridad estatal, sin necesidad de prestar atención al orden constituido.

El principio monárquico, que tan diversos contenidos políticos y de teoría del Estado pudo recibir, tiene aquí jurídicamente el sentido de una distinción entre una manifestación ordinaria, es decir, abarcada por una regulación jurídica y por tanto delimitada, y una manifestación extraordinaria, es decir, inmediata, de la *plenitudo potestatis* ilimitada a que se refieren las facultades de la soberanía. Sólo una literatura que haya perdido todo sentido para el problema jurídico fundamental de la teoría del Estado, que es la oposición entre derecho y realización del derecho, puede descubrir aquí en la distinción entre sustancia y ejercicio de la soberanía una nimiedad escolástica desapercibida.⁶⁸

⁶⁶ «Es característica la fórmula con que fue ordenado el estado de sitio de Grenoble, por comunicación telegráfica del Consejo de los Ministros al comandante militar en mayo de 1816: *le département de l'Isère doit être regardé en état de siège, les autorités civiles et militaires ont un pouvoir discrétionnaire*. [el departamento de Isere debe declararse en estado de sitio, las autoridades civiles y militares detentan de un poder discrecional.]» Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 246.

⁶⁷ Cfr. Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 247-248.

⁶⁸ Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 248.

Tras el fin de la Restauración, se reelaboró la Constitución y se eliminó su referencia explícita al «estado de sitio»; pero a través de ordenanzas se recurrió con mayor frecuencia al «estado de excepción», aduciendo como motivos los ataques a la propiedad pública y privada, el asesinato de guardias nacionales, tropas de línea y funcionarios públicos y la necesidad de mantener la seguridad pública mediante medidas enérgicas⁶⁹. Aunque las autoridades civiles permanecieron en sus posiciones de hecho –pues era propósito del gobierno que la jurisdicción militar solamente entrase en funciones en casos especiales relacionados con el motín para no perjudicar los derechos y libertades ciudadanas–, el comandante de París podía ejercer todas sus facultades, tanto administrativas como judiciales.⁷⁰

La acción militar incondicionada del «estado de sitio» sería comprendida por la institución jurídica de la «dictadura comisarial». De acuerdo al sentido liberal del estado de derecho, se intentó limitar jurídicamente la competencia del comandante militar, no sólo en sus presupuestos, también en su contenido; así, se trató de constreñir el poder estatal ilimitado en un ámbito espacial y temporal limitado. Además, se le negó facultades legislativas.

Después del prolongado «estado de sitio» declarado en París en 1848, se emprendió una regulación jurídica de los presupuestos y la competencia del «estado de sitio ficticio» –o «estado de sitio político»: en principio, su declaración corresponde al poder ejecutivo. Ya que se consideraba que el «estado de sitio militar» significaba una abolición de las libertades constitucionales, se buscaría que permanecieran algunos derechos, mientras no obstruyeran la aplicación de las medidas militares⁷¹. También se delimitaría las facultades del comandante

⁶⁹ « La guardia nacional, cuya competencia había sido reservada expresamente en la declaración del estado de sitio de París en 1832, combatió con especial encono a los amotinados de 1832, es decir, al proletariado revolucionario. En junio de 1848 se repitió el mismo acontecimiento: el estado de sitio declarado por la Asamblea Nacional el 24 de junio de 1848, tenía por fin la protección de la propiedad privada y de la Constitución burguesa. París fue puesto en estado de sitio (*Paris est mis en état de siège*), y se transmitieron al general Cavaignac todas las facultades ejecutivas. A propuesta había sido de transmitirle todas las facultades (*tous les pouvoirs*), pero limitarla a las facultades ejecutivas no se había fomentado una transmisión del poder ejecutivo, en el sentido de que el comandante militar tuviera solamente las facultades que de otra forma competirían a las autoridades civiles, sino que se expresaban sin lugar a duda que el general no tenía poderes legislativos de ninguna especie. En consideración al estado de sitio y al poder que le había transmitido como comandante supremo de las fuerzas armadas militares de la capital, Cavaignac proclamó una serie de ordenanzas (*arrêtes*); prohibición de carteles que no emanaran del gobierno, desarme de los guardias nacionales que no prestaran obediencia al llamamiento para la defensa de la República, fusilamiento «conforma al derecho de guerra» de todo el que fuera encontrado trabajando en una barricada (debería ser tratado como si se le hubiera detenido con las armas en la mano), toma de declaración a las personas detenidas con motivo del levantamiento del 23 de junio, informando de ella los oficiales al tribunal de guerra de la primera división militar, persecución de todos los crímenes y delitos cometidos en el territorio de la ciudad de París colocado bajo la dirección de autoridades militares. El 28 de junio, la Asamblea Nacional transmitió a Cavaignac el ejecutivo, bajo el título de presidente del Consejo de Ministros. El estado de sitio fue levantado por resolución de la Asamblea Nacional el 19 de octubre de 1848.» Cfr. Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 252-253.

⁷⁰ Cfr. Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 250-251.

⁷¹ Schmitt, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 254.

militar; de este modo, podría realizar registros domiciliarios, expulsar a personas sospechosas, incautar armas y municiones, prohibir publicaciones y reuniones subversivas; pero, atendiendo las garantías constitucionales, un juez regular podría suspender la competencia de los tribunales excepcionales. A partir de esta innovación jurídica, ya no era necesario suspender la Constitución en su totalidad, sino un número de derechos determinados.

Así se determinarían con exactitud las injerencias permitidas en la libertad personal, la libertad de prensa, la libertad de reunión y, tratándose de armas y municiones, también en la propiedad privada. En los demás derechos de libertad garantizados por la Constitución de 1748; la propiedad privada, la libertad de conciencia y culto, la libertad de trabajo y derecho de votar los impuestos, no debía intervenir el comandante militar.⁷²

A partir de esta delimitación, que procura no afectar a los ciudadanos no participantes con la acción militar a su persona o propiedad, surge la diferenciación entre «estado de sitio real» –*«état de siège effectif»*- y «estado de sitio ficticio» –*«état de siège fictif»* o «estado de sitio político»-. En el «estado de sitio político» no existe libertad de acción incondicionada, tal como en una operación militar; por ese motivo es que sólo se suspenden algunos derechos particulares, dependiendo del adversario –el cual, según la concepción moderna, la declaración del «estado de excepción» no les privaría de ser ciudadanos ni de ciertas garantías constitucionales-.

La distinción entre «estado de sitio real» –*«état de siège effectif»*- y «estado de sitio ficticio» –*«état de siège fictif»*⁷³-, propuesta por Theodor Reinach en 1929 a partir de su análisis de la Constitución de 1811, corresponde a la tradición del Derecho público francés; en ella tiene origen la oposición entre «estado de excepción real» y «estado de excepción ficticio» presente en la obra de Benjamin y de Schmitt.

El artículo 48 de la Constitución alemana del 11 de agosto de 1919 disponía que si la seguridad pública estuviera amenazada, el Reich podría adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento del orden público; aunque bajo el control del *Reichstag*, el Presidente podía disponer de una comisión de acción, la cual podría actuar sin esperar la declaración formal del «estado de excepción» de acuerdo a su arbitrio –en consideración de la apreciación de la situación-⁷⁴. Euhgen Schiffer, ministro de justicia del Reich, entendió que dicho artículo no establecía ninguna limitación especial, contraria a la concepción del estado de Derecho mantenida hasta entonces, por lo que suponía un apoderamiento ilimitado; pues el Presidente

⁷² Schmitt, Carl. La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 254-255.

⁷³ «La jurisprudencia anglosajona prefiere hablar, en este sentido, de *fancied emergency*. Los juristas nazis, por su parte, hablan sin reservas de su *gewollte Ausnahmezustand*, un estado de excepción deseado, “con el fin de instaurar el Estado nacionalsocialista.» Agamben, Giorgio. *Estado de excepción: Homo sacer, II, I*. Buenos Aires: Adriana Herrera, 2003: 26.

⁷⁴ Cfr. Schmitt, Carl. La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 257-258.

o el Reichstag se convertirían en portadores del *«pouvoir constituant»* —«poder constituyente»- y la Constitución permanecería como un precario orden provisional.

Por ello puede también, como admitió el ministro de justicia del Reich, Schiffer en la Asamblea Nacional, cubrir ciudades de gases venenosos si en un caso concreto es esta la medida necesaria para el restablecimiento de la seguridad y el orden. Aquí no existe otra limitación como tampoco existe en ningún otro obstáculo a lo que exija la situación de las cosas para alcanzar un fin.⁷⁵

Las medidas ilimitadas no significaban una disolución de toda consideración jurídica y una transmisión de la soberanía al ejecutivo, pues se trataba de una medida de carácter fáctico y, en cuanto tal, no podrían ser actos de legislación ni de administración de justicia.

El Derecho y la construcción racional del orden

La ciencia de la naturaleza, que en Korn se presenta como la ciencia por antonomasia, se presenta así sobre todo en cuanto fundamento de la técnica. Pero resulta patente que ésta no es un hecho puramente científico-natural. Al mismo tiempo es un hecho histórico. Como tal, fuerza a revisar la separación positivista, antidualéctica, que se ha procurado establecer entre las ciencias naturales y las del espíritu. Las cuestiones que la humanidad expone a la naturaleza están condicionadas por el estadio de su producción. Y este es el punto en el que fracasa el positivismo. En el desarrollo de la técnica ha podido percibir los progresos de las ciencias naturales, pero no los retrocesos de la sociedad.

Walter Benjamin, Historia y coleccionismo: Eduard Fuchs

La violencia establece un umbral que vincula a la sociedad con lo que queda fuera de ella; además de permitir un vínculo con lo externo, asegura la subsistencia de la zona interna que puede crecer sin la amenaza del exterior⁷⁶

⁷⁵ Schmitt, Carl. La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Madrid: Alianza Editorial, 2003: 258.

⁷⁶ «En la formulación de Guenón, el sacrificio refleja (y por tanto invierte) el *solve et coagula* de los orígenes; lo que en la creación había sido dividido vuelve ahora a reunirse. «El sacrificio tiene, como función esencial, la de “unir

Al circunscribir con precisión los casos en el que el orden jurídico se suspende a sí mismo, el estado de Derecho pretende regular lo más posible el «estado de excepción». Schmitt sostiene que por definición, el estado de excepción no puede ser constreñido dentro de la norma. En buena medida, la Modernidad⁷⁷ surge de la identificación entre la Ley y el orden; de tal modo que la expresión «la Ley y el orden» pareciera un pleonasma que enfatiza el hecho de que ambos comparten un mismo origen y una misma significación: la organización racional del mundo.⁷⁸

Esta identificación supone que el Derecho positivo y el orden estatal fueran dos entes inmanentes, de tal modo que nunca se presentaran en conflicto. Si se concibe al Estado como un conjunto de normas, tal como sostiene el racionalismo jurídico de Kelsen, no existe contradicción lógica, puesto que la norma se afirmaría así misma⁷⁹. Pero la postura de Kelsen pareciera ignorar el problema sustancial de la realización del Derecho; aunque las reglas jurídicas especifican explícitamente su alcance –las personas y los lugares a los que refieren-, la mera aserción es incapaz de determinar la aplicabilidad de una norma, pues depende del cumplimiento de ciertas condiciones⁸⁰. La vigencia del sistema jurídico en su totalidad es un

lo que ha sido separado”, y por tanto, en lo que concierne al hombre, reunir su “yo” con el “Ello”.» De aquí la *coniunctio*, la hierogamia, que se entrelaza con los actos del sacrificio, fundamento ritual del entrelazamiento de Eros y Thanatos. De aquí el hedor a carnicería que es el aura del sexo. Pero ¿cómo puede un acto de expulsión violenta y de destrucción ser un acto de reunión, de reintegración? Al matar a la víctima, la cultura se separa violentamente de la cosa, corta un vínculo que la une al todo. Pero, al dedicar la víctima a la divinidad, la cultura reúne la cosa destruida, en representación de sí misma, con el todo. Y la diferencia viene dada por el punto en que el movimiento se detiene, sea en el centro de lo interno de la sociedad o en el centro externo a ella...» Calasso, Roberto. *La ruina de Kasch*. Barcelona: Anagrama, 2001

⁷⁷ «La propia elección respecto a cuándo datar parece tan inevitable se acaso no no lleva a una discusión estéril que nos distrae de las proposiciones sustantivas (el rango de fechas es tan amplio como aquellas que asumen los historiadores franceses –que colaboraron en el volumen de *Culture et idéologie de l'état moderne*, publicado en 1985 por la L'École Française de Roma-, quienes consideran el nacimiento del Estado moderno a fines del siglo XIII y el inicio de su declive hacia el final del XVIII, mientras que algunos críticos literarios consideran el término «modernidad» para designar las tendencias culturales que empiezan con el siglo XX y terminan justamente hacia mediados del mismo). El desacuerdo en la delimitación se ha tornado particularmente difícil por el hecho de la coexistencia histórica de lo que Matei Calinescu ha llamado «dos modernidades distintas y [amargamente] en franco conflicto». De manera más aguda que muchos autores, Calinescu describe la separación «irreversible» entre «la modernidad como un momento de la historia de la civilización occidental –producto del progreso científico y tecnológico de la revolución industrial, de la economía arrolladora y los cambios sociales del capitalismo- y la modernidad como un concepto estético»... Deseo dejar en claro desde el comienzo que llamo «modernidad» aun periodo histórico que empieza en Europa occidental con una serie de cambios socioestructurales profundos y transformaciones intelectuales en el siglo XVII y que logra su madurez: 1) como un proyecto cultural –con el crecimiento de la Ilustración-; 2) como una forma de vida socialmente construida –junto con el desarrollo del capitalismo industrial, y más tarde también con la sociedad comunista...» Bauman, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia*. Barcelona: Anthropos, 2005: 22-23

⁷⁸ Cfr. Calasso, Roberto. *La ruina de Kasch*. Barcelona: Anagrama, 2001: 150.

⁷⁹ «Hoy no vivimos ya bajo el imperio de las personas, sean estas naturales o jurídicas, sino bajo el imperio de normas, de fuerzas espirituales. Aquí es donde se nos revela la idea moderna del Estado... Estas fuerzas mandan en el sentido más estricto de la palabra. Como arrancan de la naturaleza espiritual del hombre, pueden acatarse voluntariamente...» Schmitt, Carl. *Teología Política*. Madrid: Trotta, 2009: 25.

⁸⁰ «Con carácter preliminar se debe distinguir entre aplicabilidad y *validez*, pues una regla que en virtud de su formulación parece aplicable puede, no obstante, ser una regla inválida y, por lo tanto, inaplicable. La *validez*, que en sí misma es una función de otras reglas, es entonces una condición necesaria de su aplicabilidad.» Schauer,

hecho social; además de su jerarquización normativa, que le dota de validez interna, el Derecho debe estar respaldado por una cierta coerción, propia de la asimetría implícita de la autoridad estatal.

El «orden» —«*nómos*»—, como poder operante, surge de la paradójica articulación de dos principios antitéticos: «violencia»—«*Bía*»— y «justicia» —«*Diké*»—. El «nomos soberano», en el que se funda pensamiento político de Occidente, es el punto de indiferencia entre la violencia y el Derecho, es decir, donde la violencia se hace Derecho y el Derecho se expresa a través de la violencia. Por esa razón, el Derecho no puede prescindir de la violencia; la violencia está presente incluso cuando se ejerce un derecho *ad hoc* a los fines naturales, sin importar que sea de forma pasiva o que sea ajena a los fines jurídicos, ya que existe la posibilidad de subvertir el orden jurídico en virtud del Derecho que ha de ser reconocido *a posteriori*.

El Derecho, para garantizar su supervivencia, necesita del monopolio de la violencia; por ello, asume como una amenaza la violencia en manos de los sujetos concretos, ya que su propia presencia, por definición, rebasa al ordenamiento jurídico, lo cual atenta contra su monopolio dispuesto a través de sus instituciones. No hay nada más pernicioso para el Derecho que la simpatía de la multitud por la violencia fuera de los canales institucionales, la figura del «gran criminal», pues no sólo contradice al «orden», en sentido jurídico, también abre la posibilidad a crear un nuevo Derecho.⁸¹

Benjamin identifica en «estado de excepción» —«*Ausnahmezustand*»— una figura en la que se manifiesta abiertamente la relación dialéctica presente entre la violencia y el Derecho que, simultáneamente, lo funda y lo conserva. De esta forma, advierte que no es suficiente con develar la conexión que persiste entre la fuerza y la ley —evidente en la tradición del realismo político—, ya que no sólo se trata del respaldo que presta la fuerza al derecho, ni la legitimación que el derecho provee a la fuerza; el conflicto puesto en esos términos se supondría que se trataría de una relación instituida entre dos conceptos diferenciados: «leyes» y «armas» según Maquiavelo, o «fuerza» y «justicia» según Pascal. Benjamin, en cambio, propone que se trata de dos figuras de una misma sustancia: «*Gewalts*».⁸²

Al traducir el término «*Gewalts*» únicamente como violencia, perdió la riqueza de su ambigüedad; en alemán no sólo refiere al uso de la fuerza, también a un poder instituido.

Frederick. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y la vida cotidiana*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 1991: 181.

⁸¹ «Lo anterior explica por qué el derecho moderno tiende, como se ha visto, a no admitir que, por lo menos personas privadas en calidad de sujetos de derecho, practiquen una violencia aunque sólo dirigida a satisfacer fines naturales. Esta violencia se hace manifiesta para el sujeto de derecho en la figura del gran criminal, con la consiguiente amenaza de fundar un nuevo derecho, cosa que para el pueblo, y a pesar de su indefensión en muchas circunstancias cruciales, aún hoy como en épocas inmemoriales, es una eventualidad estremecedora. El Estado teme esta violencia, decididamente por ser fundadora de derecho, por tener que reconocerla como tal, cuando potencias exteriores lo fuerzan a concederles el derecho de hacer la guerra, o cuando las clases sociales lo fuerzan a conceder el derecho a huelga.» . *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*. Madrid: Taurus, 1991: 29.

⁸² Cfr. Esposito, Roberto. *Inmunitas. Protección y negación de la vida*. Buenos Aires: Amorrortu, 2009: 45-46.

Gewalt se deriva del verbo *walten*, que comúnmente alude al acto de gobernar –y, en consecuencia, a la capacidad de disponer-.

... la palabra «*Gewalt*»... se traduce a menudo como «violencia»... Pero estas... traducciones, sin ser completamente injustas, esto es, completamente violentas, son interpretaciones muy activas que no hacen justicia al hecho de que *Gewalt* también significa para los alemanes poder legítimo, autoridad, fuerza pública. *Gesetzgebende Gewalt* es el poder legislativo, *geistliche Gewalt*, el poder espiritual de la Iglesia, *Staatsgewalt*, es la autoridad o el poder del Estado. *Gewalt* es a la vez, por tanto, la violencia y el poder legítimo, la autoridad justificada.⁸³

Para explicar la realización del Derecho, Carl Schmitt, en oposición al racionalismo jurídico, recurre a la fórmula postulada por Hobbes: «*Auctoritas, non veritas facit legem*»⁸⁴ –«la autoridad y no la verdad es la que produce la ley»-. Schmitt sostiene que todo orden, incluyendo el orden jurídico, deriva de una «decisión» –«*Entscheidung*»-, es decir, que tanto el «orden» como el Derecho son constructos propios de una época. El poder soberano, al crear una situación donde puedan tener vigencia las normas, determina el sentido en que están relacionados el «orden» y el «Derecho».⁸⁵

A través de la norma se puede percibir la simetría que subsiste entre los preceptos ilustrados de la Modernidad y los criterios regulativos del Estado, en ambas partes se manifiestan la necesidad de imponer un principio de universalidad⁸⁶. El Derecho adquiere su carácter normativo, no porque ordene y prescriba, sino porque debe crear un vínculo con la vida real

⁸³ Derrida, Jacques. *Fuerza de ley. El «fundamento místico de la autoridad»*. Segunda. Madrid: Tecnos, 2008: 17.
⁸⁴ «La interpretación de las leyes de naturaleza no depende, en un Estado, de los libros de filosofía moral. La autoridad de los escritores, sin la autoridad del Estado, no convierte sus opiniones en ley, por muy veraces que sean. Lo que vengo escribiendo en este tratado respecto a las virtudes morales y a su necesidad para procurar y mantener la paz, aunque sea verdad evidente, no es ley, por eso, en el momento actual, sino porque en todos los Estados del mundo es parte de la ley civil, ya que aunque sea naturaleza razonable, sólo es ley por el poder soberano. De otro modo sería un grave error llamar a las leyes de naturaleza leyes no escritas; acerca de esto vemos muchos volúmenes publicados, llenos de contradicciones entre unos y otros, y aun en un mismo libro.» Hobbes, Thomas. *Leviatan o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. Segunda. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.: 226-227.
⁸⁵ «El soberano crea esa situación y la garantiza en su totalidad. El asume el monopolio de la última decisión. En lo cual estriba precisamente la esencia de la soberanía del Estado, que más que monopolio de la coacción o del mando, hay que definirla jurídicamente como el monopolio de la decisión... El caso excepcional transparenta de la manera más luminosa la esencia de la autoridad del Estado.» Schmitt, Carl. *Teología Política*. Madrid: Trotta, 2009: 18.
⁸⁶ «Por ende, nadie puede escurrírsele a la lógica inmanente del pensar según valores. Sea subjetiva, formal o material, tan pronto como aparece el valor se vuelve inevitable un cambio de marcha específico del pensamiento. Dicho cambio viene dado –es preciso decir a esta altura: forzosamente- con todo pensamiento según valores. Esto se debe a que lo específico del valor radica justamente en que éste, en lugar de tener un ser, sólo tiene validez. La posición de valores es por consiguiente nula si no se impone; la validez tiene que ser continuamente actualizada, esto es, se la tiene que hacer valer para que no se disuelva en una vacía apariencia. Quien dice *valor* quiere hacer valer e imponer. A las virtudes se les practica; a las normas se las aplica; las órdenes se ejecutan; pero los valores se imponen. Quien afirma su validez tiene que hacerlos vales. Quien dice que valen sin que un hombre los haga valer, quiere engañar.» Schmitt, Carl. *La tiranía de los valores*. Buenos Aires: Hydra, 2010: 131-132.

para «normalizarla». En este sentido, el orden jurídico no representa, únicamente, la instauración de una sanción correspondiente a una transgresión de los límites; más bien, evoca la repetición de un mismo acto sin sanción. La norma, al ser igual para todos, establece una definición, por un lado, de normalidad y de uniformidad y, por otro, de exclusión y represión de la diferencia.

Ya no se trataba de respetar las normas del grupo al cual uno pertenecía, sino de someterse a un modelo general, válido en todas partes y para todo el mundo. Esto implicaba una represión cultural. La sociedad cortesana, los hombres de letras, la nobleza, los habitantes ricos de las ciudades, en otras palabras, las minorías privilegiadas, elaboraron en conjunto un nuevo modelo cultural: el del *bonnête homme* del siglo XVII o el del *homme éclairé* del siglo XVIII. Naturalmente, un modelo inaccesible para las masas populares a las cuales, empero, se exhortaba a imitarlo.⁸⁷

La unificación de la verdad significa, según Paul Ricoeur, un anhelo de la razón y una primera violencia. Por ello, afirma que esta tentación de unificar violentamente la «verdad» proviene tanto de la esfera política y como de la clerical⁸⁸ —que es la esfera intelectual puesta al servicio de la política, o la intelectual con pretensiones políticas—. La práctica científica no difiere de la política, ambas persiguen el monopolio sobre su dominio a través de dispositivos de inclusión y exclusión. Entonces, la «verdad» se presenta como un criterio normativo que pretende superar la diversidad y uniformar todo conocimiento.

La construcción del orden, al igual que el progreso, es una marcha obsesiva hacia adelante, por lo que no admite otro modo distinto de articular la realidad; se trata de una lucha de una definición contra otra, sin un punto medio posible. Para establecer un orden con estas características se debe asumir que el mundo está constituido por entes independientes y separados que se asocian con otras entidades similares y, en conjunto, conforman patrones de acción distintos a las entidades disímiles.⁸⁹

Invariablemente, semejante operación de inclusión/exclusión es un acto de violencia perpetrado sobre el mundo y requiere el soporte de una cierta coerción. Esa separación se puede mantener mientras el volumen de coerción que se aplica

⁸⁷ Bauman, Zygmunt. *Legisladores e interpretes. Sobre la modernidad, la posmodernidad y los intelectuales.* Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1997: 89.

⁸⁸ «Históricamente, la tentación de unificar violentamente lo verdadero puede venir y ha venido realmente de dos polos: el polo clerical y el polo político; más exactamente de dos *poderes*, el poder espiritual y el poder temporal... la síntesis clerical de lo verdadero es la culpa de la autoridad especial que el creyente concede a la verdad revelada, lo mismo que la síntesis política de lo verdadero es culpa de la política, cuando pervierte su función natural y auténticamente dominante en nuestra existencia histórica.» Ricoeur, Paul. *Historia y verdad.* Tercera. Madrid: Ediciones Encuentro, 1990: 146.

⁸⁹ «La completa confianza de la ciencia ha sido... explorar el todo únicamente como una *suma* de sus partes y nada más. En el pasado se asumía que si se encontraba algún principio holístico, podría añadirse a las partes ya conocidas a modo de organizador. En otros términos, el principio holístico sería algo así como un administrador que dirige una burocracia.» Bauman, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia.* Barcelona: Anthropos, 2005: 33.

sea suficiente para estabilizar el alcance de la discrepancia creada. La insuficiencia de la coerción se evidencia en la reluctancia manifiesta de las entidades que postula el acto de clasificación para ajustarse a las clases asignadas, y en la aparición de entidades subdefinidas o sobredefinidas con significado suficiente o excesivo –las cuales transmiten señales ininteligibles para la acción o señales que confunden a los destinatarios por ser mutuamente contradictorias.⁹⁰

De acuerdo a la tradición filosófica que prepondera la objetividad del saber –la cual se remonta hasta Platón-, se le concede a la Razón un derecho tutelar debido a una posibilidad latente de conocer mejor al mundo, el cual se manifiesta en su facultad de enjuiciar y de reforzar la obediencia respecto a la *verdad*.⁹¹

Una sociedad ordenada, según el paradigma moderno, sólo se lograría dominando las fuerzas naturales, inherentemente caóticas, mediante la ejecución sistemática de un plan racional. La *tekhne* científica suponía que sería cuestión de tiempo que la naturaleza fuera sometida al poder de la razón. Para la Modernidad, con el esfuerzo debido, se lograría dominar a la naturaleza impredecible, permitiendo que los desastres naturales fuera predecibles y evitables; de este modo, se podrían resolver con eficacia al darles el mismo tratamiento que a los males sociales, dejándolos en el pasado.⁹²

En este sentido, la Ilustración significaría la superación, según Kant, de la minoría de edad, pues el Hombre podría servirse de su propio entendimiento guiado por la razón; gracias a la sistematización y jerarquización coherente de los conocimientos le sería posible aprehender el mundo.⁹³ Al postular su imperativo categórico que cuando se hace uso del atributo inalienable de la Razón se puede elevar el juicio moral al rango de «ley universal». A través de esta identificación, fundamental para el Derecho, la soberanía estatal estaría emparentada con la racionalidad.

Siguiendo el supuesto de que la sociedad no puede ser abandonada a su propio curso, la Ilustración le atribuyó al «saber» una derecho tutelar con la facultad de dictar el «deber ser» de la realidad, tal como si se tratara de una materia flexible que debiera ser moldeada en la forma adecuada siguiendo un diseño primigenio.

En su misión de sujetar a las poblaciones, con el fin de transformarlas en sociedades ordenadas de acuerdo a sus propios preceptos, la Razón se erigió como la principal directriz de las prácticas legislativas del Estado.⁹⁴ Debido a la genuina afinidad entre la filosofía de la

⁹⁰ Bauman, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia*. Barcelona: Anthropos, 2005: 21.
⁹¹ Cfr. Bauman, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia*. Barcelona: Anthropos, 2005: 44-47.
⁹² Cfr. Bauman, Zygmunt. *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011: 156.
⁹³ Cfr. Horkheimer, Max, y Theodor W. Adorno. *Dialéctica de la Ilustración*. Madrid: Trotta, 1994: 129.
⁹⁴ «La sociedad diseñada racionalmente era la *causa finalis* expresa del Estado moderno... El diseño presuntamente dictado por la autoridad suprema e incuestionable de la Razón, suministró los criterios evaluativos de la realidad cotidiana...»Ibíd.: 43

Ilustración y la aspiración del Estado-nación de regular un mundo caótico, la tarea principal de la Razón consistiría en instituir un poder legislador que trascendiera el entendimiento común y de este modo, se instituyera como máxima autoridad encargada de garantizar un orden armónico y de deponer aquellas falsas pretensiones que carecieran de un fundamento objetivo. Las consecuencias no calculadas de la razón, en vez de ser admitidas como producto de la «ley universal», serían degradadas al nivel de la naturaleza irracional.

Pensar, en el sentido ilustrado, significa producir un orden científico unitario y deducir el conocimiento de los principios lógicos que permitieran una interconexión conceptual. Tiene que ver con medios y fines, es decir, con la adecuación de los métodos para la consecución de un fin, no necesariamente racional⁹⁵: la conservación del individuo particular y de la comunidad. Ya que el objetivo del desarrollo de la razón es crear un sistema englobante que jerarquice todos los entes –incluyendo el ser humano–, el grado de racionalidad se determinaría a partir de la armonía de dicha totalidad. Esta estructura objetiva se convertiría en el patrón de medida de los pensamientos y acciones individuales.

Los órdenes que ellos desearon introducir fueron artificiales por definición y como tales descansaron sobre los designios mentados por leyes, afirmadas en el solo apego a la razón y por lo mismo deslegitimadoras de sus oponentes. Las ambiciones planificadoras de los gobernantes y los filósofos modernos fueron recíprocamente significadas y, para bien o para mal, quedaron condenadas a permanecer juntas, ya fuera en el amor o en la guerra...⁹⁶

Una vez que surgió la cognición de la alternativa entre «orden» y «caos», la existencia moderna se convirtió en la urgencia del diseño de sí misma. En esta era, el orden es *autorreferencial* porque se convierte en un asunto de consideración y práctica consciente de sí mismo. En este sentido, Hobbes significa un punto de quiebre que dio lugar al nacimiento de la conciencia del orden, ya que el mundo anterior no se cuestionaba sobre el orden del modo en que se hace ahora, como un problema de diseño y acción, siempre frágil.

Hobbes entendía que el fluir del mundo era natural y que el orden debe ser creado restringiendo lo natural... La sociedad ya no es un reflejo articulado trascendentalmente de algo externo y predefinido que ordena jerárquicamente la existencia. Se trata de una entidad nominal dispuesta por el estado soberano que es su representación articulada... El orden (cuarenta años después de la muerte de Isabel I) pasó a ser comprendido, no como algo natural, sino artificial, creado por el hombre y manifiestamente político y social. El orden tendría que ser diseñado

⁹⁵ «La idea de que un fin pueda ser racional por sí mismo –en razón de excelencias contenidas de modo evidente en él–, sin ver referido a ningún tipo de generación subjetiva o ventaja, es de todo punto extraña a la razón subjetiva, incluso en los casos en los que, alzándose sobre la consideración de valores inmediatamente útiles, se dedica a reflexiones sobre el orden social, considerado como un todo. Horkheimer, Max. *Crítica a la razón instrumental*. Madrid: Trotta, 2002: 46.»

⁹⁶ *Ibíd.*: 47.

para contener la ubicuidad (es decir, el flujo)... El orden se convirtió en asunto del poder, y el poder en asunto de voluntad, de fuerza y de cálculo... Fundamental para la entera reconceptualización de la idea de sociedad fue creada la creencia de que el bien común, en tanto orden, era una creación humana.⁹⁷

Ordenar –planificar un orden y ejecutarlo- es una actividad racional acorde a los principios ilustrados. La misión de los *legisladores modernos* –filósofos y gobernantes⁹⁸-, fue remplazar el caos de la naturaleza por un orden diseñado y monitoreado por el Estado; pues sólo en un mundo que ha sido organizado racionalmente tienen sentido la capacidad lógica y de cálculo del ser humano, de modo contrario sería imposible determinar las probabilidades y los medios más adecuados para la consecución de un fin.

La indeterminación, la incoherencia, la incompatibilidad, la irracionalidad, la ambigüedad y la confusión –en una palabra, la ambivalencia- difunden la incertidumbre, el origen y arquetipo del miedo. El orden, como un arma en la guerra por la supervivencia, se yergue como positividad. No se puede confiar en los mecanismos de la naturaleza; para escapar del estado de indefensión, el mundo debe ser rehecho en medida de las necesidades humanas. Frente a una situación ambigua se experimenta una pérdida del control, ya que donde la Ley no habla, domina el azar; en cambio, en un mundo ordenado es posible sabe cómo actuar.

Un mundo ordenado es aquel en el que uno *puede saber cómo continuar* (o, lo que es lo mismo, en el que uno sabe dejar al descubierto –y *con seguridad*- cómo continuar), en el que uno sabe cómo calcular la probabilidad de un suceso y cómo aumentar o disminuir esa probabilidad; un mundo en el que la vinculación entre ciertas situaciones y la efectividad de ciertas acciones se mantiene, en general, constante, de modo que se puede confiar en los logros pretéritos como mapas para logros futuros. A causa de nuestra capacidad de aprendizaje/memorización tenemos intereses personales en mantener el orden del mundo...⁹⁹

La sociedad ideal, diseñada por los utopistas modernos, describía una realidad cotidiana controlada por las manos del hombre; en consecuencia, el Estado se erigió como principal gestor del orden. La soberanía del Estado moderno radica en el poder de fragmentar el mundo al establecer definiciones plausibles sobre lo que pertenece y sobre lo que tiene control; su autonomía depende de no tener que mirar más allá de los límites, ni ser juzgado desde su exterior.

⁹⁷ Bauman, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia*. Barcelona: Anthropos, 2005: 24.

⁹⁸ «Aunque había cierta *Wahlverwandschaft* –afinidad electiva- entre la estrategia de la razón legislativa y la práctica del poder estatal inclinada a imponer un orden diseñado a una realidad en revuelta. Sin preocuparse de los propósitos conscientes de los pensadores, la razón legislativa de la filosofía moderna, y de la mentalidad científica moderna, respondía en general a las misiones prácticas postuladas por el Estado moderno. Las dos actividades se hacían señales, se vigorizaban una a otra, reforzaban la credibilidad y confianza de la otra. A semejanza del déspota potencial que necesitaba confirma la validez universal de sus intenciones particulares, la razón legislativa no puede rechazar fácilmente la tentación de instruir –de ilustrar al déspota en su papel de ejecutor.» *Ibíd.*: 50.

⁹⁹ Bauman, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia*. Barcelona: Anthropos, 2005: 20.

Por el sentido del término y por la índole del fenómeno histórico, el Estado representa un determinado modo de estar de un pueblo, esto es, el modo en que contiene en el caso decisivo la pauta concluyente, y por esa razón, frente a los diversos *status* individuales y colectivos teóricamente posibles, él es el *status* por antonomasia.¹⁰⁰

El orden le asigna a cada quien un puesto y un espacio en un tiempo determinado, sólo son permitidos los movimientos que no perturben la normalidad. En las sociedades industriales, el trabajo se concibe como bien supremo, el trabajo no está al servicio de la vida, sino a la inversa; por ese motivo, mientras que la vida se organiza de acuerdo a los objetivos de la producción, se toman represalias en contra de la rebeldía y la inconstancia.

El orden modela a los hombres y favorece el desarrollo de sus capacidades; les instruye, les tranquiliza y les adoctrina. Esta educación forzosa es justificada por la suposición de que en su día lo aprendido permitirá comprender las situaciones. Cada uno debe participar de la razón, asimilar las normas, conocer sus obligaciones como vecino y como súbdito. Cada uno debe llegar a ser un valioso miembro de la comunidad humana, como son los demás... El orden endereza a los hombres y les dispone a observar sin resistencias los mandamientos y los usos. El poder disciplina también la cultura. Produce un mundo homogéneo de representaciones en el que las ideas dominantes son las ideas de los que dominan...¹⁰¹

Para asegurar la supremacía del orden artificial, resultaba indispensable separar el «adentro» del «afuera», es decir, crear una frontera estructuradora, nítidamente marcada, que suprimiera toda ambigüedad.¹⁰² Ordenar supone el apartar y segregar; sólo suprimiendo la arbitrariedad inesperada y la contingencia se puede dotar al mundo de una estructura: manipular las probabilidades, eliminar la arbitrariedad de los acontecimientos haciendo que ciertos eventos sean más viables que otros –y actuar como si los sucesos no fueran causales-. Clasificar divide el mundo en dos, los objetos que corresponden a la categoría y los que no; en el ideal de la función clasificatoria cuando un objeto está inserto en una categoría, quedaría excluido de las demás, es decir, para ordenar la realidad se pretendería crear un término único para cada objeto en el mundo. La visión del orden fragmenta la realidad en *pequeños problemas* para que sea posible resolverlos y así crear una totalidad armónica.

Debido a anquilosamiento de los medios tradicionales de control de la sociedad medieval, la Modernidad, a través de la actividad legislativa, atribuyó a la esfera política nuevas responsabilidades y áreas de interés, por lo cual, generó nuevos mecanismos de observación y

¹⁰⁰ Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial, 1991: 49.

¹⁰¹ Sofsky, Wolfgang. *Tratado sobre la violencia*. Madrid: Abada Editores, 2006: 13.

¹⁰² «En el campo de lo político, evacuar la ambivalencia no es otra cosa que segregar o deportar a los extraños, sancionar algunos poderes locales y llenar los «huecos de la ley» legalizando lo no sancionado...» *Ibíd.*: 48.

presión correctiva de la comunidad –y, en consecuencia, recurrió a novedosas técnicas punitivas¹⁰³–.

La emergencia de nuevos mecanismos de control –las prisiones, los hospicios, los asilos de pobres, los hospitales, las escuelas y los manicomios– sugiere, más que una respuesta a problemas concretos, una reorganización fundamental de los ámbitos de poder.¹⁰⁴ El sentido de la vigilancia asimétrica parte de la posibilidad de moldear los patrones de comportamiento humano para conformar un grupo uniforme, una vez que logre imponerse un ritmo monótono a las variadas inclinaciones de los singulares.

A la par de los mecanismos de vigilancia y control, surgió la necesidad del especialista, pues la labor *educativa* requiere, además de fuerza, conocimiento técnico. El poder necesitaba del conocimiento, y el conocimiento dotaba de legitimidad y eficiencia al poder. Así, los poseedores del conocimiento, ejerciendo un poder pastoral secularizado, dictaban qué era el bien común –y qué conducta le era afín–.

La existencia moderna sería gestionada por las agencias soberanas, a las que se les otorgaría la prerrogativa de expulsar el caos, es decir, todo aquello que escapara a su definición de orden. Por ello, la intolerancia –la negación de derechos y fundamentos a aquello que no puede ser asimilado– es una tendencia intrínseca de las prácticas modernas, ya que la obsesión de acabar con la ambivalencia guía la acción colectiva e individual.¹⁰⁵

¹⁰³ «Pero la más seminal de todas las reacciones a la bancarrota del control basado en las comunidades fue la invención del confinamiento forzoso. La vigilancia, que había demostrado ser una herramienta de control comunitario (aunque hasta entonces inadvertida), podía emplearse de manera deliberada y en condiciones artificialmente creadas y mantenidas. Los vagabundos no tenían vecinos que pudieran observar y reformar su conducta. Ninguno de los “supervisores colectivos” naturales los tenía a la vista el tiempo suficiente para ejercer algo más que una influencia pasajera sobre su comportamiento; los vagabundos sabían cómo eludir todos los “espacios supervisados” y evitar quedarse demasiado tiempo en cualquiera de ellos. Sin embargo, esto podía contrarrestarse si se los obligaba a permanecer en un territorio confinado, donde pudieran ser vistos, vistos todo el tiempo y vigilados en todo lo que hicieran; donde los supervisores los acompañaran permanentemente y en cantidad suficiente para asegurar una vigilancia continua; donde, por consiguiente, su comportamiento –en rigor de verdad, toda su actividad vital– pudiera ser estrictamente regimentado, se los sometiera a un ritmo previsto externamente y no fueran ya una fuente de incertidumbre y una amenaza al orden social. Una vez confinadas de ese modo, las “clases peligrosas” volverían a ser “transparentes”, Y esto significaba inofensivas.» Bauman, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes. Sobre la modernidad, la posmodernidad y los intelectuales*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1997: 68-69.

¹⁰⁴ «[L]a palabra misma, “Panóptico” parece crucial aquí, ya que designa el principio de un sistema. Así, Bentham no imaginó meramente un plan arquitectónico concebido para resolver un problema específico, como el de la prisión, una escuela o un hospital. Lo proclamó como un verdadero descubrimiento, al decir que era el “huevo de Colón”. Y en efecto, lo que Bentham propuso a los médicos, penalistas industriales y educados fue precisamente lo que éstos habían estado buscando. Inventó una tecnología de poder concebida para resolver el problema de la vigilancia. Debería señalarse un aspecto importante: Bentham creyó y dijo que su sistema óptico era la gran innovación necesaria para el fácil y eficaz ejercicio del poder. De hecho, se lo empleó abundantemente desde fines del siglo XVIII.» Bauman, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes. Sobre la modernidad, la posmodernidad y los intelectuales*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1997: 69-70.

¹⁰⁵ «En su profundo estudio sobre el papel que desempeñó el concepto de tolerancia en la teoría liberal, Susan Mendus comenta: «la tolerancia implica que el objeto tolerado sea moralmente cuestionable [casi en el sentido jurídico de “lo reprobable...”] Otra implicación apunta a que sea susceptible de alterarse. Hablar de tolerar supone

El mito del orden como eliminación de la violencia

Todo sacrificio es reconocimiento de otro. Al final de todas las emancipaciones, Occidente sólo consigue reconocerse a sí mismo. Su parálisis, que se oculta detrás de la agitación de la praxis, procede de no saber ya a quien darse. Derrumbados los dioses, no se han derrumbado, sin embargo, las hipóstasis; entonces el mundo acaba por entregarse al torpe y siniestro cortejo que Stirner había descrito: a la Razón, a la Libertad, a la Humanidad, a la Causa. Pero el despertar de esas hipóstasis es amargo, más que cualquier superstición.

Roberto Calasso, *La runa de Kasch*

El orden no necesariamente confirma el sentido de la Ley; la ley presupone un sujeto *eindentig*¹⁰⁶, por lo que tiende a la monotonía; por ello, es incapaz de tratar con la ambivalencia. Aunque el mundo moderno niega a la violencia, cualquier orden está basado en la expulsión y en la destrucción, ya que el orden es la reducción del mundo. La labor reguladora, instituir normas y decretos, no tiene fin, pues con cada norma surgen nuevas infracciones y excepciones que solicitaban la creación de nuevas normas.¹⁰⁷

El «proceso civilizador», como mito del progreso, afirmaba que la lucha de la Razón contra la superstición edificaba moralmente a la humanidad y, en consecuencia, abandonaba la barbarie pre-social. La visión de la sociedad civilizada –cuando menos el modelo occidental y moderno– se fundamenta en dos puntos básicos: la supresión de los impulsos irracionales –esencialmente antisociales– y la eliminación de la violencia de la vida social; tal como si se tratase de

que alguien sigue haciendo, sin ningún cambio, aquello que lo caracteriza y a su vez lo desacredita, motivo por el cual es objeto de tolerancia»... La tolerancia no incluye la aceptación del otro; por el contrario, quizá de algún modo sutil y soterrado, es algo más, una manera de reafirmar la inferioridad del otro y de anticipada intención de acabar con la alteridad del Otro. Juntos son una invitación a que el Otro participe en el pasaje de lo inevitable. La afamada humanidad de la política de tolerancia no va más allá de consentir la postergación del conflicto final, pero a condición de que tal acto de consentimiento fortalezca el orden de superioridad existente.» Bauman, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia*. Barcelona: Anthropos, 2005: 28.

¹⁰⁶ «El impulso de la modernización era, y sigue siendo, remover del mundo la molesta e inquietante ambigüedad: es construir objetos unívocos y evidentes en sí mismos, tal y como apunta el sentido del alemán *eindentig* (que en inglés y en español no parece tener equivalentes próximos), de manera tal que aun siendo objetos creados y usados por los seres humanos, puedan quedar de una vez por todas libres de ambivalencia. Esa liberación de la ambivalencia es el significado más profundo de la idea «orden», y toda la modernización tiene que ver con «colocar las cosas en su lugar». Sin embargo, el problema se despliega en los mismos términos: cuanto más lógico y sofisticado sea el diseño del orden, menos adecuado a la compleja y variada realidad humana. La urgencia por el orden ha probado ser la fuente mayor de ambigüedad, y por tanto de ambivalencia...» *Ibíd.*: 12.

¹⁰⁷ Cfr. Sofsky, Wolfgang. *Tratado sobre la violencia*. Madrid: Abada Editores, 2006: 6-7

instituciones que se complementan unas con otras para imponer un orden normativo, bajo el imperio de la ley, para salvaguardar las condiciones de paz social y de seguridad individual, que las sociedades pre-civilizadas carecían. Aunque esta concepción no está del todo equivocada, resulta bastante parcial. La violencia ha quedado bajo el control del Estado, *so pretexto* de garantizar la comunidad nacional y las condiciones de orden social.

El carácter y sentido de la teoría social se ha armonizado con la sociedad moderna que investiga, estableciendo una relación mimética con su objeto de estudio, aceptando como marco de estudio su propio discurso: la acción racional. La tendencia racionalizadora ha quedado institucionalizada en la burocracia, la cual tiene como preocupación silenciar la moralidad, ya que en ello radica la posibilidad de éxito para coordinar racionalmente las acciones. La gestión racional de la industria, la separación entre la fábrica y el hogar y la reta privada y el erario público, rompió con otras normas manifiestas en sociedades pre-modernas, descartadas por su carácter *irracional*, como la asistencia mutua y la solidaridad. En contraparte, se desarrollaron teorías que enfatizan el incremento de la violencia militar y la coacción como característica sustancial de las grandes civilizaciones.

Por lo general, la opinión profana se ofende si se pone ese mito en tela de juicio. Esta resistencia viene refrendada, además, por una amplia coalición de opiniones respetables y eruditas entre las que se cuentan argumentos tan autorizados como la «visión Whig» de la historia, según la cual ésta es una lucha victoriosa entre la razón y la superstición; la visión weberiana de la racionalización, como movimiento que tiende a conseguir cada vez más con cada vez menos esfuerzo; la promesa psicoanalítica de desenmascarar, arrancar y domesticar al animal que hay en el hombre; la grandiosa profecía de Marx de que la vida y la historia pasarán a estar bajo el control de una especie humana una vez que ésta se libere de su estrechez de miras; la descripción de Elias de la historia reciente como eliminación de la violencia en la vida cotidiana; y, por encima de todo, el coro de expertos que nos aseguran que los problemas humanos tienen origen en las políticas y su solución en las políticas adecuadas. Detrás de esta coalición, se mantiene firme el moderno Estado «jardinero» que toma a la sociedad que dirige como un objeto por diseñar y cultivar y del que hay que arrancar las malas hierbas.¹⁰⁸

Uno de los propósitos imposibles de la modernidad es crear un «orden», pues la ambivalencia¹⁰⁹ es un producto colateral, una condición *sine qua non*; pues, no existiría la

¹⁰⁸ Bauman, Zygmunt. *Modernidad y Holocausto*. Sexta. Madrid: Sequitur, 2011: 33-34.

¹⁰⁹ «La ambivalencia, la posibilidad de referir un objeto o suceso a más de una categoría, es un desorden en la especificidad del lenguaje: un fracaso de la función denotativa (separadora) que el lenguaje debiera desempeñar. El síntoma principal es el malestar profundo que sentimos al no ser capaces de interpretar correctamente alguna situación ni elegir entre acciones alternativas...» Bauman, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia*. Barcelona: Anthropos, 2005: 19.

positividad del orden sin la negatividad del caos¹¹⁰. Las catástrofes causadas por la acción humana, que parecían ser cada día menos manejables, comenzaron a ser tratadas como una catástrofe natural, en principio, azarosas e inmunes a la razón. La conciencia moderna es la sospecha del carácter no concluyente del orden existente, de que subsiste el caos debajo de la superficie del orden suministrado por el Estado. La ineficacia del proyecto del diseño del orden, o lo que es lo mismo, de eliminación de las ambigüedades, parte del hecho de que al crear una denominación más exacta, la rigidez de las categorías parió nuevas ambigüedades; ambos dependen mutuamente.

No basta la persuasión y la vigilancia para asegurar la homogeneidad, por ello se aplican medidas directivas –a veces siguiendo los principios jurídicos, otras puramente arbitrarias-. Así, impone penas sociales, materiales y físicas. La reclusión y la exclusión son dos mecanismos que la sociedad siempre ha empleado con los sujetos marginales que han sido estigmatizados. Junto con la muerte social se recurre al perjuicio material –el embargo o destrucción de la propiedad para privar de los medios de subsistencia- y al daño corporal.

El carácter destructivo no ve nada duradero. Pero por eso mismo ve caminos por todas partes. Donde otros tropiezan con muros o con montañas, él ve también un camino. Y como lo ve por todas partes, por eso tiene siempre algo que dejar en la cuneta. Y no siempre con áspera violencia, a veces con violencia refinada. Como por todas partes ve caminos, está siempre en la encrucijada. En ningún instante es capaz de saber lo que traerá consigo el próximo. Hace escombros de lo existente, y no por los escombros mismos, sino por el camino que pasa a través de ellos.¹¹¹

La violencia física es la demostración más intensa y eficaz del poder, pues, en caso de ser necesario, las personas pueden desprenderse de su particular mundo social y de sus bienes materiales, pero no de su propio cuerpo. Al afectar directamente al cuerpo, el centro de existencia de la víctima, se manifiesta de forma drástica la superioridad del señor frente al subalterno. A la par de la administración, el diseño y la ingeniería, el poder y la represión se median entre el orden y la naturaleza¹¹² para instituir el orden socialmente creado como una cuestión natural.

¹¹⁰ « El orden es lo que no es caos; caos lo que no está en orden. Orden y caos son gemelos *modernos*. Fueron concebidos en medio del rompimiento y colapso del mundo ordenado por Dios, que nada sabía ni de necesidad ni de accidente; tan sólo *existía* –sin siquiera pensar cómo hacerse existir. Ese mundo irreflexivo e indiferente que precedió la bifurcación de orden y caos nos parece difícil de describir en sus propios términos. Intentamos aislarlo con ayuda de negaciones: de ese mundo nos decimos lo que no era, lo que no contenía, lo que no conocía, de lo que no tenía conciencia. Apenas se reconocería a sí mismo en nuestras descripciones...» Bauman, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia*. Barcelona: Anthropos, 2005: 23.

¹¹¹ Bauman, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia*. Barcelona: Anthropos, 2005.

¹¹² «Vivir de acuerdo con la naturaleza supone necesitar un buen número de tentativas de diseño y de organización y de control vigilante. Nada más artificial que la naturalidad; nada menos natural que pedir clemencia uno mismo a las leyes de la naturaleza.» Bauman, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia*. Barcelona: Anthropos, 2005: 27.

Las irrupciones de violencia, tal como el Holocausto, debían tomarse como un fracaso de la civilización –guiada por la Razón–; como si todo se dirigiera en la dirección correcta, pero los esfuerzos no han sido suficientes. En ningún momento de su realización, la Solución Final entró en conflictos con los principios de la racionalidad, por el contrario, fue concebida por una burocracia *ad hoc* a su razón de ser; no se trataba de un arranque irracional provocado con los residuos de la barbarie pre-moderna¹¹³. La racionalidad instrumental, además de posibilitar las medidas con las que el Holocausto se llevó a cabo, hizo que dichas medidas resultaran *razonables*, permitiendo coordinar la labor de una gran cantidad de personas que probablemente estuvieran en desacuerdo con el fin. La ciencia sólo sostiene como verdad aquello que corresponde a los criterios del método científico, suspendiendo las consideraciones de tipo afecto, estético y religioso. Si se deslegitima el carácter civilizado del régimen nazi, pareciera que fuese un acontecimiento de carácter fortuito y transitorio, ocultando los vínculos que sostiene con los presupuestos normativos de la modernidad; es decir, se desvía la mirada del potencial destructivo del «proceso civilizador», negando la ambivalencia del orden social moderno.

Debemos tomar en consideración que el proceso civilizados es, entre otras cosas, un proceso por el cual la utilización y el despliegue de la violencia queda libre de todo cálculo moral y las aspiraciones de la racionalidad se emancipan de la interferencia de normas éticas o de las inhibiciones morales. Hace ya tiempo que se reconoció que una de las características constitutivas de la civilización moderna es el desarrollo de la racionalidad hasta el punto de excluir criterios alternativos de acción y, en especial, la tendencia a someter el uso de la violencia al cálculo racional...¹¹⁴

El impulso racionalizador de los agentes políticos debió desligarse de las restricciones éticas. El problema hobbesiano no ha sido resuelto. Si bien la civilización moderna no fue condición suficiente para que aconteciera un asesinato en masa, fue una condición necesaria: no sólo se requería la tecnología de la sociedad industrial, también la organización de la sociedad burocrática.¹¹⁵ Para llevar a cabo una tarea de tal envergadura era necesario ponderar ciertos aspectos para la optimización de las funciones administrativas que, según Weber, son

¹¹³ «La simple existencia de un cuerpo de expertos en la cuestión judía proporcionó en determinado impulso burocrático a la política judía nazi. En 1942, cuando ya se estaban produciendo deportaciones y asesinatos en masa, aparecieron decretos prohibiendo a los judíos alemanes que tuvieran animales domésticos, que les cortaran el pelo peluqueros arios y ¡que recibieran la insignia deportiva del Reich! No hacía falta órdenes superiores para que los expertos en la cuestión judía siguieran inventando medidas discriminatorias, lo garantizaba la simple existencia de la función...» Bauman, Zygmunt. *Modernidad y Holocausto*. Sexta. Madrid: Sequitur, 2011: 38-39.

¹¹⁴ Bauman, Zygmunt. *Modernidad y Holocausto*. Sexta. Madrid: Sequitur, 2011: 51.

¹¹⁵ «La administración pública infundió al resto de las organizaciones su decidida planificación y su burocrática meticulosidad. El ejército le confirió a la máquina de la destrucción su precisión militar, su disciplina y su insensibilidad. La influencia de la industria se hizo patente tanto en el hincapié sobre la contabilidad, el ahorro y el aprovechamiento como en la eficiencia de los centros de la muerte, que funcionaban como fábricas. Finalmente, el partido aportó a todo el aparato el «idealismo», la sensación de estar «cumpliendo una misión» y la idea de estar haciendo historia...» Bauman, Zygmunt. . *Modernidad y Holocausto*. Sexta. Madrid: Sequitur, 2011: 35.

característicos de la burocracia moderna –y que le permiten el cumplimiento objetivo de tareas de acuerdo a normas *calculables* y con independencia de los individuos que las realicen- como la precisión, la rapidez, el conocimiento de expedientes, la continuidad, la discreción, la unidad, la organización jerárquica, la ausencia de ambigüedad y la reducción de contratiempos y de costos –tanto materiales como humanos-.¹¹⁶ La burocracia es la búsqueda de la eficiencia

Fue, en efecto, la sociedad organizada cumpliendo una tarea especial. Este ingente aparato burocrático, a pesar de dedicarse a asesinato en masa a escala gigantesca, demostró su preocupación por la corrección en los trámites burocráticos, por las sutilezas de la definición exacta, por los pormenores de las regulaciones burocráticas y por la obediencia de la ley...¹¹⁷

La confianza que la propia integridad no se vea amenazada es uno de los pilares de la vida social, en ella se sustenta la fe en el futuro; pero la libertad de uno amenaza la libertad de otro, porque existe la posibilidad de enfrentamiento; si todos pudieran hacer lo que desearan la vida sería breve ya que nada contendría la arbitrariedad y la violencia. La renuncia a la violencia era la condición de posibilidad de la vida en comunidad. El pacto social, al instituir un marco normativo al que todos debían amoldarse, regularía los distintos tipos de relación social, así, reduciría los conflictos. Debido a que todo contrato es impugnabile, la espada se encargaría de garantizar su vigencia. La Ley depende de la existencia del orden, pero por sí sola, es incapaz de establecerlo; necesita recurrir a la violencia.¹¹⁸

Sin la protección de la espada no hay contrato posible. La regla exige vigilancia, la norma una sanción. No es posible confiar en valores. No son menos discutibles que las normas que ellos fundamentan. Los hombres de épocas remotas eran aún lo suficientemente inteligentes como para no confiar en principios... El monopolio de la violencia debe compensar la irresolución moral y poner trabas al perjurio... Los hombres deponen sus armas y encargan a sus representantes la creación de un orden. Para asegurar su cohesión y limitar los riesgos renuncian a los medios de autodefensa y dan sus armas y voces a los representantes de la voluntad común. Superan el estado de sufrimiento eligiendo a algunos de entre ellos para ejercer de guardianes de la seguridad, para ser los dueños de la violencia.¹¹⁹

La teoría libera afirma que los ciudadanos, además de ceder su libertad, deben mantener al Estado, a cambio el Estado vela por su seguridad y el aumento de la prosperidad. El paso del

¹¹⁶ Cfr. Bauman, Zygmunt. . *Modernidad y Holocausto*. Sexta. Madrid: Sequitur, 2011: 35-36.
¹¹⁷ Bauman, Zygmunt. . *Modernidad y Holocausto*. Sexta. Madrid: Sequitur, 2011: 35.
¹¹⁸ «Todas las guerras nacen para instaurar ese orden que la ley nunca podrá crear... La impotencia de la ley procede de su incapacidad para tratar el excedente. La ley presupone un sujeto indiviso; el sacrificio presupone un sujeto dual: el sacrificante y la víctima. Y el excedente es justamente la víctima. Por eso la ley siempre es lo exotérico del sacrificio.» Calasso, Roberto. *La ruina de Kasch*. Barcelona: Anagrama, 2001: 150.
¹¹⁹ Sofsky, Wolfgang. *Tratado sobre la violencia*. Madrid: Abada Editores, 2006: 10.

estado de naturaleza al Estado contractual no implica una desaparición de la violencia, sino una mutación. La sociedad es un aparato de protección mutua; al poner fin a la libertad, no todo estará permitido¹²⁰. Lo que caracteriza al estado de naturaleza no es que todo mundo ejerza constantemente la violencia, sino la posibilidad de que todo el mundo es capaz de agredir en cualquier momento; no se trata del perpetuo baño de sangre sino el miedo constante que provoca; la libertad de uno amenaza la libertad de otro, si nada la contuviera, se impondría la arbitrariedad y la violencia. La confianza en que la propia integridad no será amenazada es uno de los pilares indispensables de la vida social, pues establecer un marco normativo al que todos deben atenerse aleja el miedo.¹²¹

Al estado de naturaleza suceden el dominio, la tortura y la persecución: el orden desemboca en la revuelta, en la fiesta de la masacre. La violencia es omnipresente. Domina de principio a fin la historia de la especie humana. La violencia engendra el caos, y el orden engendra la violencia. Este dilema es insoluble. Fundado en el miedo a la violencia, el orden genera el mismo miedo y violencia.¹²²

La legitimidad se obtiene en tanto se es capaz de garantizar el orden; pero el fundamento último del poder no es la legitimidad, sino el miedo a la violencia y a la muerte.¹²³ El orden implica costes, además de numerosas vidas humanas, el sacrificio de la libertad. Aunque la ideología del monopolio de la violencia maquilla el balance negativo, la historia es el desarrollo progresivo de la fuerza destructiva. El contrato social no pone fin a la violencia, la modifica, la centraliza y la perfecciona. El Estado es la única instancia autorizada para recurrir a la violencia, sólo él puede garantizar el orden y administrar la vida.

El dilema del contrato reaparece en el nivel superior del contrato estatal. Es como si el tiempo histórico pasara por la última fase. ¿Pues quién garantiza que no se abusará del poder? ¿Quién protege a los súbditos de los representantes dominados por la crueldad, la demencia y los impulsos sanguinarios? ¿Quién domina a los guerreros, vigila a los vigilantes, salvaguarda la letra de la ley cuando los que tienen las armas son los que determinan los principios de la constitución? Ésta puede derogarse de un plumazo. El poder debe limitar la violencia, pero la incrementa hasta el extremo, Históricamente no ha habido forma de escapar de esta situación.

¹²⁰ «Por eso, el mito no habla de asesinos ni de una oscura naturaleza lupina de los hombres, sino de las víctimas, de su necesidad de protección e integridad física. Todos los hombres son iguales porque todos son cuerpos. Porque todos son vulnerables, porque nada temen más que el dolor en su propio cuerpo, necesitan de tratados para paliarlos. Se juntan para protegerse unos a otros. La constitución de la sociedad se basa últimamente en la constitución física del ser vivo que es el hombre.» *Ibíd.*: 9.

¹²¹ Cfr. *Ibíd.*: 8-9.

¹²² *Ibíd.*: 8.

¹²³ «... El siervo respeta y obedece al señor porque puede perder la vida. Los hombres renuncian a ejercer la violencia unos contra otros porque temen el poder aniquilador de quienes les gobiernan. Para sobrevivir obedecen las órdenes y transfiguran el poder en autoridad. El poder pone coto a la violencia social enseñando a temer a la violencia del poder.» Sofsky, Wolfgang. *Tratado sobre la violencia*. Madrid: Abada Editores, 2006: 12.

El proyecto del orden ha traído a los hombres un aumento sin fin de la violencia.¹²⁴

La represión es parte de la naturaleza de todo régimen político, los regímenes absolutos y totalitarios no son formas estatales degradadas, sólo llevan al extremo lo que de todas formas está inscrito en el principio del poder. El Estado ha transformado la angustia en temor, que funge como fundamento. El poder político omnipresente –y su orden represivo– sustituye a la amenaza imponderable; convierte a quienes en otro tiempo eran adversarios en igualdad de fuerzas, en víctimas indefensas de la persecución, la tortura y las ejecuciones.¹²⁵ La distinción entre arbitrariedad y ley, violencia y Derecho se tornan confusas.

La inversión de la finalidad del Estado no fue una usurpación, ni un vicio de los burócratas que le dieron cuerpo. El proyecto mismo del orden es la causa de la escalada de violencia que contemplaba, entre otras cosas, la expulsión de los marginales, la persecución de los extranjeros y las campañas contra la desviación. La consecución de la homogeneidad y la conformidad necesitaba, además de la coordinación del trabajo, la planificación de las relaciones sociales y la administración de las actividades privadas, el cumplimiento de reglas conseguido, si es necesario, por la fuerza.

Sólo puede considerarse poder en tanto sea capaz de ejercer violencia; no hay ningún poder que no esté respaldado por las armas, se necesita la violencia en el interior y en el exterior para evitar ser neutralizado. La Ley aprobada por los representantes, promulgada en pos del bien común, se funda en un acto de arbitrariedad¹²⁶. La estrategia supone no sólo la imposición de un orden establecido, sino de la posibilidad que le permita mantenerse intacto en un futuro, lo que implica suprimir o neutralizar ciertos rasgos autónomos de la acción individual

En las *Tesis sobre la historia*¹²⁷, Benjamin se opone al historicismo que incluye únicamente lo que ha acontecido y, en cambio, propone un modo de hacer historia que amplía el concepto a lo que pudo ser y lo que se malogró.¹²⁸ La primera forma corresponde a la historiografía de los vencedores; la otra, responde a aquellos que encuentran en una paradoja: su forma de vida

¹²⁴ Sofsky, Wolfgang. *Tratado sobre la violencia*. Madrid: Abada Editores, 2006: 13.

¹²⁵ «... El régimen del orden crea al súbdito, al conformista y al marginal, y a la víctima humana sacrificada al dios del Estado.» Sofsky, Wolfgang. *Tratado sobre la violencia*. Madrid: Abada Editores, 2006: 11.

¹²⁶ «Con todo, la ley no da a los hombres permiso para hacer lo que quieran; ella sólo regula su autorización para hacer lo que deben hacer.» Sofsky, Wolfgang. *Tratado sobre la violencia*. Madrid: Abada Editores, 2006: 12.

¹²⁷ Cfr. Benjamin, Walter. *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. México: Itaca, 2008.

¹²⁸ «Articular históricamente el pasado no significa conocerlo “tal como verdaderamente fue”. Significa apoderarse de un recuerdo tal como éste relumbra en un instante de peligro. De lo que se trata para el materialismo histórico es de atrapar una imagen del pasado tal como ésta se le enfoca de repente al sujeto histórico en el instante de peligro. El peligro amenaza tanto a la permanencia de la tradición como a los receptores de la misma. Para ambos es uno y el mismo: el peligro de entregarse como instrumentos de la clase dominante. En cada época es preciso hacer nuevamente el intento de arrancar la tradición de manos del conformismo, que está siempre a punto de someterla. Pues e Mesías no sólo viene como Redentor sino también como vencedor del Anticristo. Encender en el pasado la chispa de esperanza es un don que sólo se encuentra en *aquel* historiador que está compenetrado con esto: tampoco los muertos estarán a salvo del enemigo si éste vence. Y este enemigo no ha cesado de vencer.» Benjamin, Walter. *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. México: Itaca, 2008: 40.

habitual ha sido el «estado de excepción permanente», ya que la miseria en la que viven puede considerarse una condición que, además de contradecir el discurso del progreso, se considera como una situación estabilizada.¹²⁹

La tradición de los oprimidos nos enseña que «el estado de excepción» en el que vivimos es la regla. Debemos llegar a un concepto de historia que corresponda con esta situación. Nuestra tarea histórica consistirá entonces en suscitar la venida del verdadero estado de excepción, mejorando así nuestra posición en la lucha contra el fascismo. El que sus adversarios se enfrenten a él en nombre del progreso, tomado éste por ley histórica, no es precisamente la menor de las fortunas del fascismo. No tiene nada de filosófico asombrarse de que las cosas que estamos viviendo sean «todavía» posibles en pleno siglo XX. Es un asombro que no nace de un conocimiento, conocimiento que de serlo tendría que ser éste: la idea de historia que provoca ese asombro no se sostiene.¹³⁰

Desde la perspectiva del progreso, como historia natural de la humanidad, el «estado de excepción» no es una suspensión del Derecho provisional o pasajera, sino como una regla.

¹²⁹ «En el legado de frases hechas que revelan a diario la forma de vida del burgués alemán —esa aleación de estupidez y cobardía—, hay una, la de la catástrofe inminente —el «esto no puede seguir así»—, que resulta particularmente memorable. Ese desvalido apego a las ideas de seguridad y propiedad de los últimos decenios, impide al ciudadano medio percibir los mecanismos estabilizadores, altamente novedosos y significativos, sobre los que reposa la situación actual. Como la relativa estabilización de los años anteriores a la guerra le favorecía, se cree obligado a considerar inestable cualquier situación que lo desposea. Pero las situaciones estables no tienen por qué ser, ni han sido nunca, situaciones agradables, y ya antes de la guerra había estratos para los que las situaciones de estabilidad no eran sino miseria estabilizada. La decadencia no es en nada menos estable ni más sorprendente que el progreso...» Benjamin, Walter. *Dirección única*. Madrid: Alfaguara, 1987: 27.

¹³⁰ «Der Tradition del Unterdrückten belehrt uns darüber, dass der «Ausnahmestand», im dem wir leben, die Regel ist. Wir müssen zu einem Begriff der Geschichte kommen, der den entspricht. Dann wird uns als unsere Aufgabe die Herbeiführung des wirklichen Ausnahmestands von Augen stehen; und dadurch wird unsere Positionen im Kampf gegen den Faschismus sich verbessern. Dessen Chance besteht nicht zulehrt darin, dass die Gegner ihm im Namen des Fortschritts al seiner historischen Norm begegnen. — Das Staunen darüber, dass die Dinge, die wir erleben, im Zwanzigsten Jahrhundert «noch» möglich sind, ist kein philosophisches. Es steht nicht am Anfang einer Erkenntnis, es sei denn der, das Vorstellung von Geschichte, aus der es stammt, nicht zu halten ist.» Mate, Reyes. *Media noche en la historia. Comentarios a las tesis de Walter Benjamin Sobre el concepto de Historia*. Madrid: Trotta, 2006: 143.

La decisión soberana en torno al campo de concentración de Guantánamo

Cuando nuestro tiempo ha tratado de dar una localización visible permanente a eso ilocalizable, el resultado ha sido el campo de concentración. No la cárcel, sino el campo de concentración es, en rigor, el espacio que corresponde a esta estructura originaria del *nomos*... El campo, como espacio absoluto de excepción, es topológicamente diverso de un simple espacio de reclusión. Y es este espacio de excepción en el que el nexo entre localización y orden jurídico se rompe definitivamente, el que ha determinado la crisis del viejo «nomos de la tierra».

Giorgio Agamben, Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida

La articulación de la violencia estatal contra el terrorismo

No obstante, es necesario separar y distinguir entre drama y tragedia para que no se pierda la específica cualidad de lo trágico y no desaparezca la gravedad de la auténtica tragedia.

Carl Schmitt, Hamlet o Hecuba. La irrupción del tiempo en el drama

El atentado terrorista a las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001 puede ser analizado, más que por el ataque en sí mismo, por los actos violentos que le sucedieron. A pesar de la lectura ahistórica, fundada en la inmediatez de la afronta oficial y la tragedia personal, el hecho no era del todo novedoso; ahí coexistieron viejas y nuevas formas de representación¹³¹ El conflicto, que a la postre introdujo un «estado de emergencia» permanente, se había originado mucho antes de que tres aviones comerciales fueran convertidos en armas capaces de derribar el World Trade Center e infligir un gran daño en el Pentágono –asesinando a más de 3.000 personas-.

Preponderando nuevamente la distinción entre civilización y barbarie –ahora encarnada por el Islam¹³²-, se renunció a cualquier posibilidad de hacer un análisis complejo sobre el carácter violento del terrorismo –y del papel de la política exterior de los Estados Unidos en su conformación-.

La importancia del terrorismo hoy es tal que, a partir de cada uno de los atentados, se construyó no sólo una hipótesis de contraste como la de la «guerra global al terrorismo»... sino también una interpretación general de las relaciones

¹³¹ «La retórica neo-medieval de la guerra santa resonó desde el minarete hasta la televisión y, en un nivel nunca visto antes, por internet. Una hipermoderna batalla de simulaciones y vigilancia se estaba librando en las escuelas de vuelo, aeropuertos y prácticamente en cada esquina, cueva y resquicio de Afganistán. Se estaba dirigiendo una guerra aérea remota desde el Mando Central de Tampa, Florida, a 12.440 kilómetros de los objetivos supervisados por ingenios voladores automatizados como el *Predator* y el *Global Hawk*, y destruidos por bombas inteligentes JADAM (munición conjunta de ataque directo, con una probabilidad de error de 3m) guiadas por GPS, por bombas de racimo CBU-87 y CBU-103 (munición de efectos combinados que contienen unos 200 proyectiles con capacidades antitanque, antipersona e incendiarias), y bombas tontas, máximo exponente de las cuales es la «*Daisy-cutter*» (BLU-82, de 6.750 kilos, que explota a 90 cm del suelo y lo calcina todo en 540 metros a la redonda...» Der Derian, James. «In terrorem: antes y después del 11 de septiembre.» En *Modernidad y violencia colectiva*, de Josetxo Beriain, 281-296. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2004: 285.

¹³² « Los efectos de esta desestructuración serían innumerables. El «sujeto» en cuestión buscaría nuevas enemidades reconstituyentes, multiplicaría las «pequeñas guerras» Estado-nacionales, alimentaría a todo precio las tentativas llamadas identitarias y genocidarias, pretendería ponerse, reponerse oponiéndose a nuevos adversarios todavía identificables: ¿China, el islam? Enemigos sin los que, hubiese dicho un Schmitt, a quien ahora volvemos, perdería su ser-político. Se despolitizaría pura y simplemente.» Derrida, Jacques. *Políticas de la amistad seguido de El oído de Heidegger*. Madrid: Trotta, 1998: 95.

internacionales, identificando en el terrorismo el artífice de una discontinuidad en la historia de la humanidad; algo que es importante como la formación del Estado moderno, como la revolución inglesa, o como las sucesivas revoluciones americana y francesa: algo que cambia la inercia del desarrollo histórico de las sociedades en el planeta...¹³³

El ataque estuvo dirigido contra uno de los edificios más emblemáticos de la ciudad más cosmopolita a nivel global, frente a una gran cantidad de cámaras, por lo que alcanzó un horizonte de visibilidad que otros acontecimientos –por más devastadores que hubieran sido– no habían logrado captar. Las ideas de dependencia global y unicidad planetaria, que hasta el momento se concebían como formulaciones abstractas, adquirieron un cuerpo: la «guerra global contra el terrorismo».

Junto con la caída de las torres, se desplomó una de las certezas en las que se fundaba la seguridad en el Primer Mundo, pues imponía una dimensión existencial del riesgo¹³⁴. El terrorismo significa una amenaza al estilo de vida occidental, los países ricos eran tan vulnerables a la problemática global como las demás naciones. Los ataques terroristas permanecían como una posibilidad latente, en especial, por la insolvencia de las medidas que se reducen a unos cuantos focos de atención para atender el problema de inseguridad. En consecuencia, la vulnerabilidad de un Estado ya no puede ponderarse a partir del tamaño de su arsenal –concebido para las «guerras territoriales»–¹³⁵. La guerra *tradicional*, dadas las restricciones impuestas en la segunda mitad del siglo XX, ya no era posible; los ejércitos bien armados que chocaban entre sí fueron sustituidos por especialistas dotados de tecnología.¹³⁶

¹³³ Bonanate, Luigi. «El terrorismo como perspectiva simbólica.» *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2006: 12.
¹³⁴ Cfr. Bonanate, Luigi. «El terrorismo como perspectiva simbólica.» *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2006: 12.
¹³⁵ «El terrorismo es *la guerra de quien no puede hacer la guerra*. Pocos combatientes por un lado, que se baten en contra de un adversario que, por el otro lado, posee la enorme mayoría de las fuerzas, armadas y económicas, productivas y sociales, industriales y culturales. Ante ese hecho ineludible ¿qué podrían lograr? En una guerra verdadera estarían destinados al exterminio... Sus acciones selectivas, limitadas, extemporáneas, logran, sin embargo, su resultado, al menos, el de mantener viva su instancia, el de consolidar y difundir su programa – digámoslo con franqueza: sin el terrorismo, el «problema palestino» no se habría mantenido dentro del orden del día de la política mundial a lo largo de todo este tiempo. Pero, se dirá que, el problema no ha sido resuelto con el terrorismo. Es algo absolutamente cierto; de otra forma, el terrorismo habría conquistado al mundo y deberíamos considerarlo un medio vencedor...» Bonanate, Luigi. «El terrorismo como perspectiva simbólica.» *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2006: 19.
¹³⁶ «El terrorismo internacional sería, por lo tanto, la «guerra de nuestro tiempo»: los combatientes ya no portan uniforme y no son representantes oficiales (lo digo conforme a las reglas del derecho bélico): los no combatientes (espectadores atónitos: ciudadanías, clases sociales, etnias, profesiones, como la de periodista) no se diferencian dependiendo del grado de adhesión, de oposición de neutralidad respecto a las razones del conflicto, por el simple motivo de que dichas razones no existen o son de una naturaliza tan amplia (conquistar el mundo para el Islam; derrocar a todos los dictadores del mundo) que no son distintivas de nadie, tienen que ver con cualquiera, y todos pueden ser víctimas-destinatarios de un episodio terrorista en alguna parte del mundo sin que alguna razón específica haya sido el móvil.» Bonanate, Luigi. «El terrorismo como perspectiva simbólica.» *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2006: 13.

Los problemas fundamentales de esta época son globales, por lo que no admiten soluciones locales; ningún país puede desentenderse del resto del mundo, sin importar lo distante y lo rico que fuera¹³⁷. Ya no existen territorios de refugio; cualquier persona puede ser víctima del terrorismo. La sensación de inseguridad no podría ni siquiera mitigarse mientras las medidas se redujeran a actuar en los lugares afectados, pues nunca habría distancia suficiente que evitara que se planearan ataques en su contra, por lo que nadie podría estar seguro nuevamente. La noción de seguridad adquirió nuevas dimensiones, se convirtió, sobre todo, en un problema *extraterritorial*; el cual excluye, por definición, cualquier solución territorial.¹³⁸

Ese es uno de los motivos por los que este ataque terrorista podría ser considerado como un fin simbólico de la «era del espacio»¹³⁹, pues trajo a la esfera pública procesos subrepticios que, aun cuando se venían gestando desde varias décadas atrás, permanecieron ignorados por las agendas estatales. En una época de violencia creciente, la desregulación de los «espacios de flujo», es decir, la ausencia de supervisión y control político a nivel global, ha creado amenazas de carácter planetario.

¹³⁷ «... ningún niño estadounidense puede sentirse seguro en su cama si los niños de Karachi o de Bagdad no se sienten seguros en las suyas. Los europeos no podrán presumir durante mucho tiempo de sus libertades si en otras partes del mundo las personas siguen padeciendo penurias y humillaciones.» Bauman, Zygmunt. *Arbipiélago de excepciones*. Madrid: Katz Editores, 2008: 104-105.

¹³⁸ «Los aviones secuestrados en camino a Boston, como una piedrita a la que se introduce en un recipiente lleno de una solución sobresaturada, provocaron que las sustancias que, sin que se lo advirtiera, provocaron que las sustancias que, sin que se lo advirtiera, habían alterado radicalmente la supuesta composición química del compuesto cristalizaran abruptamente y se hicieran de súbito visibles para el ojo desnudo. Y los acontecimientos del 11 de septiembre fueron también simbólicos en otro sentido: el ataque terrorista a los edificios más emblemáticos de la ciudad más emblemática a nivel global, perpetrando frente al mayor número de cámaras que los medios modernos son capaces de reunir en un mismo lugar, alcanzó con facilidad —la de significante globalmente legible— que otros acontecimientos, por más dramáticos y sangrientos que hubieran sido, no habían podido siquiera soñar. Mostró una vez más de manera dramática y espectacular, cuán *globales* en verdad pueden ser los acontecimientos. Le dio entidad a la idea, hasta el momento abstracta, de la interdependencia global y la unicidad del planeta...» Bauman, Zygmunt. *La sociedad sitiada*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011: 113.

¹³⁹ «La era del espacio comenzó con la Muralla China y el Muro de Adriano de los antiguos imperios, continuó con los fosos, los puentes levadizos y las torretas de las ciudades medievales, y alcanzó su punto más alto con las líneas de Maginot y Siegfried de los Estados modernos, para acabar en el Muro de Berlín y el Muro Atlántico, los muros de los bloque militares supranacionales. A lo largo de toda esa época, el territorio fue siempre el recurso máspreciado, el premio mayor de toda lucha por el poder, la marca que distinguía a los vencedores de los vencidos. Uno podía determinar quién era el vencedor de una contienda según cuál era el bando que permanecía (vivo) en el campo de batalla una vez finalizado el combate. Pero, sobre todo, el territorio fue, durante toda la época, la principal garantía de seguridad: las medidas de seguridad se pensaban e implementaban en términos de la extensión y la particularidad del territorio controlado. La era del espacio fue la época de la «profunda tierra interior», de los *Lebensraum* y los *cordons sanitaires* [cordones sanitarios], y de la privacidad del hogar, dulce hogar. El poder era territorial; e igualmente territorial era la privacidad que liberaba de toda interferencia de ese poder. El espacio propio era un espacio con fronteras que era posible ajustar e impermeabilizar; se podía, en efecto, impedir la intrusión, y regular y controlar estrictamente la entrada. El territorio era tanto un refugio como guarida: un sitio al que se podía huir y ocultarse, un interior en el que uno podía encerrarse, «parar a la clandestinidad» y sentirse seguro. Cualesquiera fueran los poderes de los que uno quisiera huir y ocultarse, éstos no osarían traspasar los límites territoriales establecidos.» Bauman, Zygmunt. *La sociedad sitiada*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011: 114.

Una de las transformaciones sustanciales es la reorganización del espacio, rompiendo abruptamente con la lógica del Estado-nación, ha mutado en el «espacio frontera».

En un espacio de frontera, la agilidad y la astucia valen más que una pila de armamento. En los espacios frontera, los cercos y empalizadas, más que dar cuenta de una realidad, son una declaración de intenciones. En un espacio frontera, ningún intento de dar a los conflictos una dimensión territorial, de adjudicarle una demarcación al terreno, suele dar resultado. De todos modos, como se prevé desde un primer momento que serán inútiles, esos intentos suelen ser poco fervorosos: las empalizadas de madera dan cuenta de una falta de seguridad en sí mismo que los muros de piedra encarnan y manifiestan. En la guerra de fronteras, rara vez se cavan trincheras. Se sabe que los adversarios se mueven constantemente: su poder y su capacidad de daño reside en la velocidad, el sigilo y el secreto de sus movimientos. Para todo propósito, los adversarios son *extraterritoriales*. Capturar el territorio que estos ocupaban ayer no asegura la victoria de hoy, y menos aún un «cese de hostilidades». Por supuesto, tampoco garantiza la seguridad de mañana.¹⁴⁰

La era global se caracteriza por el cambio *permanente*, por lo que la efectividad de la estrategia militar en el «espacio de frontera» depende de su flexibilidad, de su capacidad de adaptación¹⁴¹; en consecuencia, subsiste una fuerte resistencia a la asunción de compromisos a largo plazo y, aún más, a establecer estructuras institucionales apegadas a reglas universales; instituciones consagradas por la democracia, tal como el estado de Derecho, resultan un obstáculo más que una referencia. Uno de los motivos por los que la «guerra contra el terror» resulta paradójica radica en el hecho de que comparten intereses, como la conservación de las condiciones de desorden, ambos bandos actúan en la libertad de *hacer a un lado* las leyes nacionales cuando se consideren un inconveniente.¹⁴² Bajo el nombre de «Derecho penal antiterrorista» se han introducido nuevos modelos legales que atentan contra las garantías básicas de un estado de Derecho en cualquier democracia.¹⁴³

Una de las reacciones inmediatas del gobierno norteamericano tras el atentado fue reivindicar su derecho a la *legítima defensa*¹⁴⁴. Aunque no cumplieran con las disposiciones establecidas por el Derecho Internacional para poder declararle la guerra a Afganistán, Estados Unidos arguyó

¹⁴⁰ *Ibíd.*: 116-117.

¹⁴¹ *Cfr. Ibíd.*: 117.

¹⁴² «Como consideración final cabe señalar que, teniendo en cuenta el cambio que sufre el Proyecto en relación con el Anteproyecto y la gran cantidad de enmiendas presentadas, el escenario legislativo que se nos presenta no es uno de punitividad pura. Nuestra Política criminal, nuestra legislación y nuestro proceso legislativo son inseguros, cambiantes, irreflexivos, vertiginosos. Nuestra legislación penal, en suma, es líquida.» Serrano Gómez, Alfonso. «Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009 de Reforma del Código Penal.» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010: 1-7.

¹⁴³ *Cfr.* Landa Gorostiza, Jon-Mirena. «La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: reflexiones críticas.» *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010: 2-3.

¹⁴⁴ *Cfr.* Benavides, Luis. «El estatus jurídico internacional de los prisioneros detenidos por Estado Unidos de América en Guantánamo, Cuba, a raíz del conflicto en Afganistán.» *Anuario Mexicano de Derecho Internacional III* (2003): 72.

que, al negar la entrega de Osama bin Laden y a otros miembros de Al Qaeda, el gobierno talibán había protegido a una red terrorista internacional –cuyo el objetivo era destruir la cultura occidental por completo y no sólo a los Estados Unidos-; afirmaba que contaba con pruebas suficientes que los vinculan con este atentado y, además, con los ataques previos a sus embajadas en Tanzania y Kenya.

So pretexto de emprender la defensa del orden internacional –mercados globales libres, Estados soberanos democráticos e intervenciones humanitarias limitadas-, los Estados Unidos, basándose en su capacidad técnica y militar, han puesto en marcha un nuevo paradigma bélico: la «guerra virtuosa», es decir, ejercer violencia a distancia y, en medida de lo posible, con el menor número de bajas en el campo de batalla.¹⁴⁵ En contraparte, del otro lado de la «guerra virtuosa», en el bando enemigo, es cada vez más difícil de precisar el número de víctimas; la estimación de muertes en diciembre de 2001 era entre 3.000 y 10.000, de los cuales Marc Harold, profesor de economía en la Universidad de New Hampshire, estimaba que al menos 3.500 víctimas no eran combatientes.¹⁴⁶

El gobierno norteamericano sostiene que, si se considera el *nihilismo de sus medios* –y su indiferencia con los costes humanos-, sería impensable que detrás de esos atentados hubiera una demanda política; en el discurso oficial, los motivos y las intenciones de los terroristas fueron remplazados por narrativas y acusaciones de índole moral¹⁴⁷. En los medios hay una aceptación generalizada de la censura y un impulso para transformar las imágenes de horror, retransmitidas hasta el cansancio, en una cuestión de culpabilidad. Se ha negado un espacio a las críticas a la «guerra contra el terror» en las principales empresas mediáticas, porque se les considera como cómplices del terrorismo –o, en el mejor de los casos, como el *eslabón más débil* en la *lucha contra el terror*-; oponerse a la guerra ha sido interpretado como una cierta justificación o solidaridad con el terrorismo; por ejemplo, Edward Rothstein, editorialista del *New York Times*, afirmó que la ironía y el relativismo, característicos de los autores postmodernos y

¹⁴⁵ «En el 11 de septiembre, 19 terroristas mataron a 3.000 personas en territorio estadounidense. A finales de enero, 20 miembros del ejército habían muerto en el cumplimiento del deber fuera del país, la mayoría en accidentes o abatidos por fuego amigo: sólo un soldado, el sargento de primera clase Nathan Chapman, cayó bajo el fuego enemigo. Tal como ocurrió en la campaña de Kosovo, hubo más víctimas por fuego enemigo entre los periodistas que cubrían la guerra (10 a finales de enero) que el personal militar americano que combatía en ella» Der Derian, James. *Op. Cit.*: 285-286.

¹⁴⁶ Cfr. *Ibid.*: 286.

¹⁴⁷ «... En los Estados Unidos, la historia comienza por invocar una primera persona narrativa como punto de vista, relatando lo que pasó el 11 de septiembre. Son ese día y esa inesperada experiencia absoluta de violencia lo que pone en marcha la narración. Si alguien trata de comenzar la historia antes, sólo dispone de unas pocas opciones narrativas. Podemos contar, por ejemplo, cómo era la vida familiar de Mohammed Atta, si se burlan de él por parecer niña, con quiénes se reunía en Hamburgo y qué lo condujo psicológicamente hasta el momento de lanzar un avión en contra del World Trade Center. O cómo fue que Bin Laden se separó de su familia y por qué tiene tanto odio. Este tipo de historias es hasta cierto punto interesante, porque sugiere que hay una patología personal en juego. Funciona como una narrativa plausible y atrapante en parte porque coincide la acción en términos de un sujeto, algo que podemos comprender, algo que coincide con nuestra idea de responsabilidad personal, o con la idea de un líder carismático que se popularizó con Mussolini y Hitler durante la Segunda Guerra Mundial.» Butler, Judit. *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*. Buenos Aires: Paidós, 2006: 29.

postcolonialistas, eran *éticamente perversos* y que conducían a una *pasividad culpable*.¹⁴⁸ Así, instauró una lógica maniquea –«estás a nuestro favor o estás en nuestra contra»¹⁴⁹– para lograr el mayor apoyo posible en la «guerra contra el terror». En Gran Bretaña encontró a su principal aliado en la campaña militar en contra de Afganistán –aunque han participado tropas de Canadá, Alemania y de otros países–.

Para acallar el dilema moral y sostener el argumento de autodefensa con el que se ha justificado la campaña bélica –bajo el concepto de «guerra justa»–, la historia del 11 de septiembre comienza con la experiencia violenta del ultraje sufrido. Las causas del terrorismo no han figurado en el centro de la discusión, tal como si su explicación causal significara una absolución¹⁵⁰. Bajo la premisa de que se trataba del «*fin del mundo tal como lo conocemos*», se dio por sentado que la *naturaleza apocalíptica* de la trasgresión era ajena a la esfera política, ya que se trataba de una batalla del bien contra el mal. La primera declaración del Presidente George W. Bush, una vez iniciados los ataques aéreos a Afganistán, el 7 de octubre de 2001, desnuda la lógica binaria que opera en la justificación de la «guerra preventiva» –«*o se está con nosotros o se está con el terrorismo*», cancelando de antemano cualquier otra posición–:

... «a la vez que atacamos objetivos militares, también estaremos lanzando alimentos»; los EE UU «son amigos del pueblo afgano» y «enemigos de quienes prestan ayuda a los terroristas»; «la única manera de lograr la paz es persiguiendo a quienes la amenazan». Una vez más volvía con la amenaza final: «Cada nación tiene una elección que hacer. En este conflicto no hay terreno neutral».¹⁵¹

Ante la ausencia de referentes estables, toda alianza es temporal, sujeta a intereses transitorios. Al declarar la guerra contra los talibanes, Donald H. Rumsfeld, Secretario de Defensa de los Estados Unidos, estableció que las coaliciones que participarían en el conflicto bélico serían *flotantes* y *flexibles*, prestas al cambio –según lo marquen las necesidades emergentes–. El caso de los paquistaníes es un ejemplo claro sobre los nuevos parámetros para la construcción de lealtades; al principio de la «guerra contra el terrorismo», la propaganda bélica hacía particular énfasis en Pakistán como un aliado crucial, conforme cambió la situación –y una alianza con

¹⁴⁸ Cfr. *Ibíd.*: 289.

¹⁴⁹ Cfr. Benavides, Luis. *Op. Cit.*: 68.

¹⁵⁰ «Sin embargo, mientras que el flujo de la información se volvía prácticamente entrópico, aún existía una voluntad (según consideraba la santa trinidad de los sondeos de opinión, los políticos y la programación televisiva) de aceptar como sagrada la primera declaración del presidente Bush de que el mal –que pasó de estar encarnado por una persona a ser una red y luego el ahora notorio «eje del mal»– era el culpable. Desde entonces el debate de lo político y la acción política se ha reducido a una oración declarativa con un imperativo imposible: la erradicación del mal. Las narrativas binarias ha desplazado cualquier análisis complejo o crítico de lo que sucedió y de su por qué. Para castigar se ha de estar en lo cierto, y la certeza se fabricó como un bálsamo tanto para los que estaban realmente heridos como para los que lo estaban simbólicamente.» Der Derian, James. *Op. Cit.*: 282.

¹⁵¹ *Ibíd.*: 285.

los uzbekos y los tadjiks fue más ventajosa- el discurso dio un giro radical y los paquistaníes pasaron a formar parte del bando de los enemigos.¹⁵²

La irrupción del *viejo-nuevo* paradigma de la «decisión soberana»

«No», dijo el sacerdote, «no hay que creer que todo sea verdad; hay que creer que todo es necesario». «Una opinión desoladora», dijo K. «La mentira se convierte en orden universal.»

Franz Kafka, *El proceso*

Tras los atentados terroristas del 11 de septiembre del 2001, súbitamente, se experimentó un cambio paradigmático en el seno de la teoría política y la filosofía del Derecho; los debates académicos de la década de los noventa se caracterizaban por un espíritu cosmopolita –incluso se planteó la posibilidad de extender el constitucionalismo al ámbito de las relaciones internacionales-, se discutía sobre la factibilidad de concretar el proyecto kantiano: la «paz perpetua». En cambio, en los años posteriores se han concentrado en alabar los *méritos* de la «guerra preventiva»; también, se habla del fin del Derecho internacional inspirado en la Paz de Westfalia –que privilegia las asambleas internacionales y los pactos multilaterales como mecanismos primordiales en la resolución de conflictos-. Opiniones como la de Thomas Nagel –catedrático de Harvard-, solicitando el monopolio fáctico de la violencia a nivel planetario, son cada vez más comunes, arguyendo que la única posibilidad de justicia global es la imposición de la fórmula hobbesiana del estado de naturaleza: la «ley del más fuerte»¹⁵³. Las reglas de la diplomacia y de la guerra han sido desechadas tanto por los terroristas como por quienes los combaten; se ha abierto una época de «unilateralismo exacerbado»¹⁵⁴.

La Ley, siguiendo el anterior paradigma, había intentado de moderar su carácter coactivo, ponderando su sentido persuasivo. Ahora, resurgen la fuerza y la violencia como elementos imprescindibles en el Derecho estatal. El ordenamiento jurídico, bajo esta nueva forma, se funda en una noción de soberanía como una decisión existencial, es decir, la existencia misma del Estado y del Derecho se fundamenta en la «decisión soberana».

Schmitt distingue tres líneas esenciales en el pensamiento jurídico: la normativista –que instaure reglas impersonales y en su forma viciada reduce el Derecho a reglamentos

¹⁵² «definir un terrorista... depende enteramente del equilibrio de fuerzas en un momento dado. Ahora los Estados Unidos buscan la cabeza de aquellos a quienes alguna vez financiaron...» *Ibid.*: 118-119.

¹⁵³ Cfr. La Torre, Massimo. «La teoría del derecho de la tortura.» *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 17 (2007): 72.

¹⁵⁴ Cfr. Der Derian, James. «In terrorem: antes y después del 11 de septiembre.» En *Modernidad y violencia colectiva*, de Josetxo Beriain, 281-296. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2004: 281.

burocráticos-, la institucionalista –que se fundamenta en los organismos supraindividuales y que, aislado, tiende a un pluralismo sin soberanía- y el decisionista –que justifica la decisión personal en el «derecho del soberano» que le otorga *la apreciación correcta de una situación política*, pero que siempre existe el peligro de que no se reconozca la *esencia inherente* a todo movimiento político-.

Lo que se intenta reivindicar en este nuevo paradigma, disintiendo de la tradición contractual del «*Rechtsstaat*» –«estado de derecho»-, es uno de los elementos centrales de la argumentación teórica de Carl Schmitt: el valor jurídico independiente de la «*Entscheidung*» –«decisión»-, un elemento que, en su opinión, debería ocupar un lugar tan importante en la ciencia jurídica como la norma, ya que supone un hilo conductor entre la justicia sustancial del Derecho y su realización en la vida cotidiana. La «decisión» es, siguiendo esta tesis, distinta de la arbitrariedad, ya que su apartamiento de la ley positiva aún corresponde al ámbito universal de los principios jurídicos y morales, es decir, tiende a la búsqueda del bienestar común; y aunque su intencionalidad resulte *impredecible*, rompiendo tajantemente con la racionalidad jurídica, subsiste una lógica en su actuar.

Los teóricos de la contrarrevolución –Donoso Cortés, Joseph de Maistre y Louis de Bonald, de los que parte Schmitt- hicieron del concepto de la «decisión» –la imposición de una gran alternativa que no admite una mediación- la piedra angular de su pensamiento, incluso, por encima de la noción de legitimidad. De Maistre concibe a la «decisión» como fundamento de la soberanía, el valor del Estado radica en su capacidad de producir una decisión. En la oposición entre bien y el mal, Dios y el diablo, es donde se establece una alternativa entre vida o muerte que desconoce una síntesis, y un *tercero más elevado*.¹⁵⁵

El hecho de que una decisión haya sido adoptada por la instancia competente hace a esa decisión relativamente y, en ocasiones, absolutamente independiente de la corrección de su contenido y corta en seco cualquier discusión sobre si es o no dudosa. En un instante, la decisión se hace independiente de fundamentación argumental y adquiere valor propio.¹⁵⁶

La naturaleza de la soberanía no radica, a decir de Carl Schmitt, en el monopolio coercitivo, ni de la capacidad de mando, sino en el monopolio de la «decisión», es decir, en la prerrogativa de poder separarse de la norma sin quebrantar el ordenamiento jurídico; dicho en otras palabras, en la posibilidad de crear derecho sin la necesidad de recurrir al Derecho positivo.¹⁵⁷ Schmitt admite la necesidad de una normatividad que limite las competencias jurídicas, pero no existe

¹⁵⁵ *Ibíd.*: 55.

¹⁵⁶ Schmitt, Carl. *Teología Política*. Madrid: Trotta, 2009: 32.

¹⁵⁷ «El soberano de un Estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles, ya que teniendo poder para hacer y revocar leyes, puede cuando guste, liberarse de esa ejecución, abrogando las leyes que le estorban y haciendo otras nuevas; por consiguiente era libre desde antes, En efecto, es libre aquel que puede ser libre cuando quiera. Por otro lado, tampoco es posible estar obligado a sí mismo; porque quien puede ligar, puede liberar, y por tanto, quien esta ligado a sí mismo solamente no está ligado.» Hobbes, Thomas. *Leviatan o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. Segunda. México: Fondo de Cultura Económica, 2001: 226-227.

ningún límite claro ni preciso que regule al poder soberano; en el momento que afirma que la «decisión» *nace de la nada*¹⁵⁸, se privilegia el ámbito discrecional de las instancias soberanas, se reivindican sus prerrogativas *omnipotentes* a tal grado que, incluso, se arrojan el derecho de definir qué es el Derecho.

Al contrario del racionalismo jurídico de Kelsen –que sostiene que la norma se afirma así misma-, Schmitt concuerda con la fórmula postulada por Hobbes: «*Auctoritas, non veritas facit legem*»¹⁵⁹ –«La autoridad y no la verdad es la que produce la ley»-; por ello, afirma que todo orden, incluyendo el orden jurídico, deriva de una «decisión». Tanto el «orden» como el Derecho son producto, según Schmitt, de una «decisión soberana»; ya que la existencia del poder constituyente –ya sea la figura del monarca o del pueblo- existe antes y por encima del Derecho positivo. La Constitución –el modo en que un pueblo ha *decido* «estar políticamente»- corresponde a un todo, mientras el texto constitucional representa algo singular; por ello, cuando un poder constituyente decide democráticamente *eliminar* una constitución e instaurar en su lugar una nueva, no se atenta en contra del Derecho, simplemente se realiza una «modificación de Constitución».¹⁶⁰

Ante la tendencia democrática de fundir la «decisión jurídica» y la «decisión política» en la autodeterminación política –es decir, la voluntad de unidad política expresada en el poder constituyente capaz de adoptar una «decisión total» sobre el modo y la forma de la existencia política-, según Schmitt, que esta prerrogativa debe ser conferida al Presidente que, en su calidad de «protector de la Constitución» y al ser elegido por el voto popular, sus decisiones pueden ser consideradas como decisiones de todo el pueblo. Se requiere una interpretación *sui generis* de la «voluntad del pueblo» –y tener fe en las capacidades personales particulares del Ejecutivo- para concebir las decisiones de un presidente –que tal vez fue electo por una pequeña mayoría y representa los intereses de un grupo en específico- como manifestación de la voluntad de todo un pueblo.

¹⁵⁸ «La decisión irregular y defectuosa produce efectos jurídicos. La decisión irregular tiene un elemento constitutivo precisamente por su irregularidad. Pero la idea misma de la decisión implica que no pueda haber decisiones absolutamente declaratorias. Considerado desde el punto de vista del contenido de la norma básica, es ese elemento constitutivo y específico de la decisión algo completamente nuevo y extraño. Normativamente considerada la decisión nace de la nada. La fuerza jurídica de la decisión es harto distinta del resultado de su fundamentación. No se hace la imputación con el auxilio de una norma, sino viceversa: solo desde un centro de imputación se puede determinar que es una norma y en que consiste la corrección normativa.» Schmitt, Carl. Op. Cit.: 32.

¹⁵⁹ «La interpretación de las leyes de naturaleza no depende, en un Estado, de los libros de filosofía moral. La autoridad de los escritores, sin la autoridad del Estado, no convierte sus opiniones en ley, por muy veraces que sean. Lo que vengo escribiendo en este tratado respecto a las virtudes morales y a su necesidad para procurar y mantener la paz, aunque sea verdad evidente, no es ley, por eso, en el momento actual, sino porque en todos los Estados del mundo es parte de la ley civil, ya que aunque sea naturaleza razonable, sólo es ley por el poder soberano. De otro modo sería un grave error llamar a las leyes de naturaleza leyes no escritas; acerca de esto vemos muchos volúmenes publicados, llenos de contradicciones entre unos y otros, y aun en un mismo libro.» Hobbes, Thomas. Op.Cit.: 226-227.

¹⁶⁰ Cfr. Kaufmann, Matthias. ¿Derecho sin reglas? Los Principios filosóficos de la teoría del estado y del Derecho de Carl Schmitt. México: Fontamara, 1991: 166.

La «decisión» no puede recaer en el poder judicial, ya que la independencia de los jueces respecto a la política cotidiana es garantizada mediante el apego a la ley, en caso contrario sería como crear una *aristocracia togada*. Tampoco podría radicar en el parlamento, dado que su legitimidad la obtiene de la Constitución; en tanto «poder constituido» no puede revocar la decisión del «poder constituyente».¹⁶¹

«Soberano es quien decide sobre el estado de excepción.»¹⁶² Schmitt dota al poder soberano de facultades excepcionales, partiendo del supuesto que el ordenamiento jurídico resulta insuficiente para enfrentar las constantes amenazas que ponen en peligro el orden estatal; así, en pos de superar la crisis política, imposible de solucionar mediante el Derecho, se suspende el orden legal para garantizar su subsistencia¹⁶³. El principal instrumento jurídico para asegurar la conservación del orden estatal con el que cuenta el Soberano es el «estado de excepción»: en situaciones de emergencia las reglas quedan suspendidas, en particular las que limitan sus competencias. Quien establece un valor, al mismo tiempo produce un «no-valor», por ello no hay norma ni regla que obligue al poder supremo, ya que el poder de imponer reglas se origina en la capacidad de suspenderlas o dejarlas sin efecto ni valor. La norma no sólo es confirmada con la excepción, sino vive gracias a ella, esa es la razón fundamental por la que resulta más interesante que el caso normal:

La excepción explica lo general y a sí misma. Y si lo general pretende estudiarse correctamente, solo hay que buscar una verdadera excepción la cual revela todo con mucha más claridad que lo general. A la larga se cansa uno de la palabrería eterna sobre lo general; existen las excepciones. Si no hay explicación para éstas, tampoco la habrá para lo general. Por lo común no se repara en esta dificultad, porque lo general ni siquiera se concibe con pasión sino de manera cómoda y superficial. La excepción, en cambio, concibe lo general con enérgica pasión.¹⁶⁴

La estrategia bélica de los Estados Unidos reivindicó la fórmula de la soberanía de Schmitt: *«I'm the decider –dice George W. Bush–, and I decide what is best»*.¹⁶⁵ Dicho en otras palabras, el Presidente de los Estados Unidos se asume como garante del orden y de la Ley y, por lo tanto, debe ser investido con prerrogativas excepcionales que vayan más allá de los límites de la ley. Durante la presidencia de George W. Bush, el gobierno norteamericano instituyó una serie de

¹⁶¹ Cfr. Kaufmann, Matthias. Op. Cit.: 161-162.

¹⁶² *Ibid.*: 13.

¹⁶³ «Toda norma general requiere que las relaciones vitales a las cuales ha de ser aplicada efectivamente y que han de quedar sometidas a su regulación normativa, tengan configuración normal. La norma exige un medio homogéneo. Esta normalidad fáctica no es un simple «supuesto externo» que el jurista pueda ignorar; antes bien, es parte de su validez inmanente. No existe una sola norma que fuera aplicable a un caos. Es menester que el orden sea restablecido, si el orden jurídico ha de tener sentido. Es necesario de todo punto implantar una situación normal, y soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal. El derecho es siempre «derecho de una situación». El soberano crea esa situación y la garantiza en su totalidad. El asume el monopolio de la última decisión» *Ibid.*: 18.

¹⁶⁴ Schmitt, Carl. Carl Schmitt, teólogo de la política. México: Fondo de Cultura Económica, 2001: 29.

¹⁶⁵ La Torre, Massimo. Op. Cit.: 73.

políticas que le otorgan una mayor autonomía al poder Ejecutivo; se ha afirmado que el Presidente no está sujeto a la legislación vigente, ni siquiera a la Constitución –mucho menos a los tratados internacionales-. John Yoo, asistente general del Departamento de Justicia, sostiene que la regulación de la guerra no debe ser una prioridad para el gobierno norteamericano, ni su sistema constitucional debe estar encaminado a controlar el uso de la fuerza, por lo que las atribuciones del Presidente no deben estar limitadas por el Derecho internacional ni por los derechos constitucionales.

Se nos dice que si quieres la paz tienes que preparar la guerra. La noción de guerra lícita, de sanción de derecho internacional, es decir de reacción a una violación de este derecho, de reacción básicamente a una agresión, se extiende al uso preventivo de la fuerza, incluso allí donde no haya algún peligro inminente para la seguridad del territorio nacional (como se lee en el Documento de Estrategia Nacional de la Casa Blanca del 2002). El concepto de “seguridad colectiva” en términos internacionalistas desaparece y se le reemplaza por la primacía del interés nacional (por supuesto americano), además en la interpretación exclusiva que se le atribuye al Presidente en su calidad de *commander-in-chief*.¹⁶⁶

En el planteamiento schmittiano, «*Entscheidung*» refiere tanto al proceso de elección como al resultado de dicho proceso¹⁶⁷; a primera instancia, esta diferencia que parecería insignificante, pero implica que quien toma la elección no necesariamente es quien la sufre. En esta distinción se fundamenta la legitimidad de la «decisión providencial», es decir, la autoridad de una persona de la cual se puede obtener su gracia.

Inspirado en el Libro de Job,¹⁶⁸ y dada la importancia que ha tenido para el judaísmo y –a través del judaísmo- para el cristianismo, Schmitt recupera una de las discusiones las

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ «En la medida en que alguien tiene la elección, se supone que andes de *decidirse*, tiene que *reflexionar*, dejarse aconsejar y, en caso necesario, *justificar* su decisión, etc. Por ejemplo, si alguien desea comprar un nuevo coche, se informará acerca del precio, consumo de gasolina, rendimiento, etc. De los distintos modelos y marcas que puede elegir y, eventualmente preguntará a otros compradores las experiencias que han hecho con el respectivo coche. Aun cuando, al final, lo decisivo sea su predilección irreflexiva por coches ingleses, italianos o americano, en general se le atribuirá un comportamiento responsable. En cambio, cuando para un comentarista de televisión el 2:0 en el 85 minuto significa la «decisión» de un partido de fútbol no quiere sostener con ello, por lo general, que los 22 actores de la cancha se han puesto de acuerdo sobre este resultado después de una intensa consulta entre ellos...» Kaufmann, Matthias. *¿Derecho sin reglas? Los Principios filosóficos de la teoría del estado y del Derecho de Carl Schmitt*. México: Fontamara, 1991: 169.

¹⁶⁸ «El día en que sus hijos e hijas estaban comiendo y bebiendo en la casa del hermano mayor, llegó un mensajero y dijo a Job: «Los bueyes estaban arando y las asnas pastaban cerca de ellos, cuando de pronto irrumpieron los sabeos y se los llevaron, pasando a los servidores al filo de la espada. Yo solo pude escapar para traerte la noticia». Todavía estaba hablando, cuando llegó otro y le dijo: «Cayó del cielo fuego de Dios, e hizo arder a las ovejas y a los servidores hasta consumirlos. Yo solo pude escapar para traerte la noticia». Todavía estaba hablando, cuando llegó otro y le dijo: «Los caldeos, divididos en tres grupos, se lanzaron sobre los camellos y se los llevaron, pasando a los servidores al filo de la espada. Yo solo pude escapar para traerte la noticia». Todavía estaba hablando, cuando llegó otro y le dijo: «Tus hijos y tus hijas comían y bebían en la casa de su hermano mayor, y de pronto sopló un fuerte viento del lado del desierto, que sacudió los cuatro ángulos de la casa. Esta se desplomó sobre los jóvenes, y ellos murieron. Yo solo pude escapar para traerte la noticia». Entonces Job se levantó y rasgó

importantes de la teología: el «arbitrio del Soberano» que se impone a la insensible «aleatoriedad de la Naturaleza», Dios no debe a sus fieles una explicación por sus acciones ni, mucho menos, una disculpa. Dios habla y da órdenes, se fija si han seguido sus órdenes, no recompensa al obediente y castiga al indócil, no es indiferente a lo que hacen las criaturas humanas, pero tampoco le compromete; puede hacer excepciones, no está constreñido por las leyes universales. «Milagro» es, en última instancia, la prerrogativa de poder desviarse de la regla –aun cuando esto contravenga el principio de coherencia y universalidad de la norma

El estado de excepción tiene en la jurisprudencia análoga significación que el milagro en la teología. Solo teniendo conciencia de esa analogía se llega a conocer la evolución de las ideas filosófico-políticas en los últimos siglos. Porque la idea del moderno Estado de derecho se afirmó a la par que el deísmo, con una teología y una metafísica que destierran del mundo el milagro y no admiten la violación con carácter excepcional de las leyes naturales Implícita en el concepto del milagro y producido por intervención directa, como tampoco admiten la intervención directa del soberano en el orden jurídico vigente.¹⁶⁹

En *Teología Política* de y, más tarde, en *El concepto de lo político*, pretendía fundar para la teoría política un mundo gobernado por un *solo y único Dios*, omnipotente y omnipresente, juez y salvador de la humanidad entera, que ha reivindicado para sí el dominio indiscutible e indivisible –censurando a los *falsos pretendientes*-. Al hacerse del *poder absoluto* sería responsable de las bendiciones y los males.¹⁷⁰

... tal como lo enuncia sucintamente Leszek Kolakowski, «Dios no nos debe nada» (ni justicia un una excusa por la ausencia de justicia). La omnipotencia de Dios incluye licencia para dar giros bruscos, para decir una cosa y hacer otra; supone el poder de ser caprichoso y antojadizo, el poder de hacer milagros e ignorar la lógica de la necesidad, que los seres menores no tienen otra alternativa sino obedecer. Dios puede golpear a voluntad, y si se abstiene de golpear es sólo porque ésa es Su (buena, benigna, benevolente, amorosa) voluntad La idea de que los seres humanos pueden *controlar* las acciones de Dios por el medio que sea, incluidos los medios que el propio Dios ha recomendado (es decir, la sumisión total e incondicional, un manso y fiel acatamiento de Sus órdenes y la adherencia a la Ley Divina al pie de la letra), es una blasfemia.¹⁷¹

su manto; se rapó la cabeza, se postró con el rostro en tierra y exclamó: «Desnudo salí del vientre de mi madre, y desnudo volveré allí. El Señor me lo dio y el Señor me lo quitó: ¡bendito sea el nombre del Señor!» En todo esto, Job no pecó ni dijo nada indigno contra Dios.» Job 1:13-22.

¹⁶⁹ Schmitt, Carl. Op. Cit.: 37.

¹⁷⁰ Cfr. Bauman, Zygmunt. *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011: 141-143.

¹⁷¹ *Ibíd.*: 143.

La Naturaleza, antes de ser dirigida con la voluntad divina, permanece como una fuerza *anónima y muda*¹⁷²; pero una vez que revela su nombre –«*Eh'yé asber eb'yé*»¹⁷³–, aunque no estaba bajo el control ni la comprensión humana, la fuerza cósmica dejó de ser sorda y muda, era posible hablarle, complacerla o despertar su ira. Una vez establecido el pacto, un juramento de obediencia, los seres humanos podían hacer algo por contener la catástrofe.

Lo excepcional es lo que no se puede subsumir; escapa a toda determinación general, pero, al mismo tiempo, pone al descubierto en toda su pureza un elemento específicamente jurídico, la decisión. El caso excepcional, en su configuración absoluta, se impone la necesidad de crear una situación dentro de la cual puedan tener validez los preceptos jurídicos.¹⁷⁴

La detención indefinida en Guantánamo

Desde inicios de la guerra, miles de personas han sido detenidas por la coalición que encabeza los Estados Unidos; inicialmente, los prisioneros habían sido encarcelados en diversos centros de detención ubicados en Afganistán, Pakistán e, incluso, barcos militares estadounidenses – como el *USS Peleliu*–, por lo cual ha sido difícil determinar el número exacto y las condiciones en las que se encuentran. La finalidad de dichos centros era la práctica de interrogatorios para seleccionar a quienes hayan formado parte de Al Qaeda, hayan participado en los atentados o aquellos de los que pudieran obtener información sobre la organización terrorista. Tras el proceso de selección, ciertos prisioneros fueron conducidos a la base militar de Guantánamo, con un destino bastante incierto ya que no se les ha garantizado un juicio, ni siquiera ante las Comisiones Militares y, posiblemente, pudieran quedar detenidos indefinidamente.

Estados Unidos califica *a priori* a los detenidos como terrorista, para los que ha creado la categoría de «combatientes-ilegales» –diferenciada del *status* de «prisioneros de guerra»–. La importancia del *status* que les sea conferido radica en el hecho de que a partir de eso se determinaran los derechos y las obligaciones que tiene Estados Unidos.

¹⁷² «El universo atemoriza, pero no habla. No exige nada. No da instrucciones en cuanto a la forma de proceder; no podría importarle menos lo que hacen o dejan de hacer los temerosos y vulnerables seres humanos. No puede ser inmolado, alabado ni ofendido. No tiene sentido hablar con el firmamento estrellado, las montañas o el mar en el intento de congraciarse con ellos y ganarse su favor. Ellos no oyen, no escuchan si oyeran, mucho menos responden. No tiene sentido tratar de ganar su perdón o se benevolencia. Además a pesar de toda su tremenda potencia, no podrán cumplir los deseos de los penitentes incluso si les importara, no sólo les faltan ojos, oídos, mente y corazón, sino también la capacidad de elegir y el poder de discusión, y, en consecuencia, la capacidad de decidir así como acelerar o desacelerar, detener o revertir, lo que habría ocurrido de todos modos. Sus movimientos son inescrutables para las débiles criaturas humanas, pero también pare ellos mismos. Son –tal como declaró el Dios bíblico al comienzo de su conversación con Moisés– «do que son y punto». Y *sin siquiera* esa misma declaración.» *Ibíd.*: 146.

¹⁷³ «Soy el Eterno.»

¹⁷⁴ *Ibíd.*

La mayoría de prisioneros de Guantánamo han sido detenidos durante el conflicto armado en Afganistan –donde supuestamente miembros de Al Qaeda lucharon al lado del gobierno talibán-; pero existen casos como los argelinos detenidos en Bosnia que, a pesar de que el gobierno determinó que no existían elementos para detenerlos, fueron trasladados ilegalmente a Guantánamo.¹⁷⁵

Todo conflicto armado, sin importar que sea de carácter nacional o internacional¹⁷⁶, está regulado por el Derecho Internacional Humanitario –también nombrado como «*jus in bello*»¹⁷⁷-. Es un conjunto de normas que se aplica por igual a ambas partes, sin importar quien haya iniciado el conflicto; trata de limitar los efectos de un conflicto armado; además de limitar los medios y los métodos de guerra, protege a quienes no toman parte en las hostilidades –civiles, médicos y religiosos- y a los que se encuentran *hors de combat* –combatientes heridos o enfermos, náufragos y prisioneros de guerra-. El Derecho Internacional Humanitario –DIH- se encuentra contenido esencialmente en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949¹⁷⁸ y en sus protocolos adicionales de 1977¹⁷⁹. El DIH protege a las personas involucradas en un conflicto armado sin importar las circunstancias; por ello, se les reconoce el derecho a que se respete su vida, así como su integridad física y moral, también les dota de garantías judiciales. En términos generales, prohíbe herir o matar a un adversario que haya depuestos las armas o esté fuera de combate y obliga a ambas partes a asistir a los enfermos y los heridos y a respetar al personal médico, los hospitales y las ambulancias. Los que no entran en la categoría de prisioneros de guerra están protegidos por la G-IV, relativa a la protección de civiles en tiempos de guerra; no existe un *status* intermedio, por lo que nadie debería estar fuera de la ley.

Aunque algunas normas del DIH son similares al Derecho Internacional de los Derechos Humanos –DIDH-, se han desarrollado por separado y figuran en tratados diferentes; los derecho civiles, culturales, económicos, políticos y sociales del individuo están contenidos en el DIDH, mientras que el DIH establece restricciones a los Estados para garantizar la protección y la realización de los derechos humanos; mantienen una relación de complementariedad, todo lo que no está contemplado por el DIH, queda cubierto por el DIDH –que contempla una mayor protección al prisionero-.

¹⁷⁵ Cfr. *Ibíd.*: 70

¹⁷⁶ No cubre situaciones de tensión interna ni actos aislados de violencia, como los son disturbios.

¹⁷⁷ A diferencia del «*jus ad bellum*», el Derecho Internacional Humanitario no determina si un Estado tiene derecho a recurrir a la fuerza.

¹⁷⁸ I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, 75 UNTS 31 (G-I); II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, 75 UNTS 85 (G-II); III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 75 UNTS 135 (G-III); IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de Guerra, 75 UNTS 135 (G-IV).

¹⁷⁹ I Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1125 UNTS 3 (P-I); II Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1125 UNTS 609 (P-II).

Conforme al Artículo 4° del III Convenio, se considera «prisionero de guerra» cualquier combatiente capturado por el enemigo, incluyendo miembros de las fuerzas armadas, de las milicias, los cuerpos de voluntarios que formen parte del conflicto –en tanto respondan a un orden jerárquico, portar un distintivo que los diferencie de la población civil, portar el armamento de manera visible y sus operaciones no incumplan el «*jus ad bellum*»- y a la población que, al acercarse el enemigo tome espontáneamente las armas.

Casi todos los países han firmado los Convenios de Ginebra, incluyendo Afganistán y los Estados Unidos; y aunque los Protocolos no han sido ratificados por el gobierno norteamericano, sus principios son considerados parte del Derecho consuetudinario internacional, por lo que tienen el carácter de obligatorio para todos los Estados; no cumplir con sus estatutos puede considerarse un crimen de guerra.

El gobierno de Estados Unidos decidió, unilateralmente, que sólo algunos detenidos gozarían del *status* de «prisioneros de guerra» y, en consecuencia, de los derechos que les garantiza la Convención de Ginebra.¹⁸⁰ En el caso del conflicto de Afganistán, los talibanes pueden ser considerados como las fuerzas armadas y los miembros de Al Qaeda como milicias o cuerpos de voluntarios; se podría argumentar que los miembros de Al Qaeda no cumplen con estas condiciones, pero la Convención indica que las personas capturadas gozarán dichas garantías hasta que su situación sea determinada por un tribunal judicial competente¹⁸¹; aun en el caso de que tribunal les negara el estatuto de «prisionero de guerra», gozarían de la protección de la IV Convención de Ginebra y de las disposiciones que contempla el Derecho consuetudinario internacional¹⁸². Tampoco se puede negar el *status* de «prisioneros de guerra» a los detenidos, argumentando que nunca fue reconocido el gobierno talibán.

Los detenidos, para ser trasladados de Afganistán a Cuba, fueron sedados, encapuchados, afeitados, encadenados de pies y manos a los asientos y se les *incorporó* un orinal portátil; en la base de Guantánamo, en el denominado campo X-ray, fueron colocados en jaulas de acero que no medían 1.80 por 2.40 metros, se encontraban a la intemperie y donde mantenían las luces prendidas, en vez de sanitario pusieron una cubeta. Aunque en abril de 2002 fueron trasladados a otras instalaciones dentro de la misma base, y las condiciones mejoraron, el tamaño de las celdas se redujo.

Los «prisioneros de guerra» deben ser juzgados por una corte militar –a menos que las leyes de la potencia detenedora indique expresamente que sean enjuiciados en una corte civil-, los tribunales deben cumplir las garantías de independencia e imparcialidad y se les debe otorgar los medios de defensa contemplados en la III Convención de Ginebra. Carecería de validez la

¹⁸⁰ Estados Unidos ha declarado que sólo a sus ciudadanos les concederá todo tipo de garantías judiciales para su enjuiciamiento; John Walker Lindh, presunto miembro de Al Qaeda, capturado durante la invasión a Afganistán ha recibido un trato distinto a los demás prisioneros de Guantánamo; aunque sus abogados refieren que ha sido víctima de tortura y malos tratos. Cfr. *Ibíd.*: 84.

¹⁸¹ Cfr. *Ibíd.*: 78-79.

¹⁸² Cfr. *Ibíd.*: 82.

sentencia de los «prisioneros de guerra» si el juicio no lo realizó la misma instancia que juzgaría a los miembros de la fuerza armada de la potencia detenedora y bajo los mismos procedimientos, y hayan sido observadas las disposiciones establecidas por la Convención de Ginebra –en particular aquellas que refieren los derechos y los medios de defensa-.

El tratamiento otorgado por parte de los Estados miembros de la coalición a los combatientes capturados no ha sido homogéneo; mientras que Gran Bretaña ha decidido concederles el *status* de «prisioneros de guerra», Canadá ha preferido entregar a los detenidos a las fuerzas armadas estadounidenses para que deliberen sobre su condición.¹⁸³

En los interrogatorios no se puede implementar ningún método de tortura, los detenidos sólo están obligados a responder su nombre, rango, fecha de nacimiento y matrícula.

Donald Rumsfeld, secretario de defensa, declaró el 11 de enero del 2002:

... las personas presas son combatientes ilegales y por lo tanto no tienen ningún derecho bajo los Convenios de Ginebra. Hemos indicado que planeamos, para la mayor parte de ellos, de manera que sea razonablemente consistente con los Convenios de Ginebra, hasta donde sea consistente.¹⁸⁴

El término «combatiente-enemigo ilegal» no existe en el Derecho internacional.

Estados Unidos ha establecido prácticas que contravienen a su dogmática en torno a los derechos humanos, argumentando que la su Constitución carece de jurisdicción en la base naval de Guantánamo porque la soberanía *de iure* corresponde a Cuba; lo que implica que a los detenidos se les ha negado los derechos concedidos por la Constitución norteamericana y, en consecuencia, el acceso a los tribunales civiles.

También pretende establecer las condiciones en las que se aplicará el Derecho Internacional Humanitario –obviando el hecho de que sus principios forman parte del Derecho consuetudinario internacional y, por tanto, son obligatorios-. Las personas detenidas en Guantánamo son combatientes enemigos que fueron capturados en el campo de batalla mientras buscaban herir a los soldados norteamericanos y sus aliados. Aun cuando las comisiones militares hubieran absuelto a uno de los prisioneros de Guantánamo, si el gobierno norteamericano decide que se trata de *terroristas peligrosos*, seguirán privados de su libertad.

El 13 de noviembre de 2001, George W. Bush emitió una orden militar que establecía los lineamientos a seguir en la «guerra contra el terrorismo» para la detención, el tratamiento y el enjuiciamiento de los no-ciudadanos norteamericanos que se considerara que formaran parte de alguna organización antiterrorista; partiendo del supuesto de que los ataques habían creado un estado de conflicto armado, los detenidos, en caso de ser juzgados, serían acusados de

¹⁸³ Cfr. *Ibíd.* 87.

¹⁸⁴ *Ibíd.*: 86.

crímenes de guerra y de otros delitos que incumben al ámbito de los tribunales militares; se crearían cortes militares donde no se aplicarían las mismas reglas ni principios de derecho que en las cortes civiles; se estableció que se trataría *humanamente* a los detenidos sin distinción de raza, género, condición social, religión, color o *cualquier criterio similar* –descartando la nacionalidad; se podría aplicar la pena de muerte; y se niega a los prisioneros el derecho a buscar un recurso de manera directa o indirecta o en su representación en cualquier corte de los Estados Unidos o de cualquier otro país y en cualquier tribunal internacional¹⁸⁵.

El 21 de marzo se emitió otra orden militar, delineando los procedimientos a seguir por las comisiones militares: el Secretario de defensa sería quien conformaría las comisiones militares, con un mínimo de tres y un máximo de siete miembros –que deben ser oficiales militares, sólo el Presidente de la comisión tiene que ser abogado-; se encargarían de juzgar la violación a las leyes de guerra y *otras ofensas*; se necesitaría dos terceras partes de los votos para declarar culpable a un detenido; se podría aplicar la pena de muerte –sólo si la comisión estaba compuesta por siete miembros-; las decisiones podrían ser apelables ante un panel de revisión, conformado por tres oficiales –de los cuales cuando menos uno debería tener experiencia como juez-; la sentencia sería definitiva cuando el Secretario de Defensa o el Presidente hubiesen emitido una *decisión final*. Las comisiones militares contemplan ciertos derechos: hacer juicios públicos, probar la culpabilidad más allá de la duda razonable, permitir el acceso al abogado defensor a los documentos de la fiscalía para preparar el caso, poder cuestionar a los testigos y no estar obligado a testificar en su contra; pero estas disposiciones distan bastante de cumplir con los estándares internacionales, tal como la autonomía de los órganos de impartición de justicia.

El 21 de marzo del 2002, el Departamento de Defensa, junto al Departamento de Justicia, dio a conocer los lineamientos que seguirían los tribunales militares, la institución encargada de juzgar a los prisioneros del campo de concentración de Guantánamo –y algunos detenidos en propio territorio norteamericano-. Los tribunales militares no son una instancia jurídica a la que tienen derecho los detenidos de la «guerra contra el terrorismo»; se ha dejado en claro que ninguno de los detenidos tiene el *status* de «prisionero de guerra». A la mayoría de los detenidos se les ha negado su derecho a una defensa legal, incluso el derecho a juicio; a ninguno de los detenidos en Guantánamo se les ha garantizado el derecho de apelación, defensa legal y de repatriación, contemplados por la Convención de Ginebra –aun cuando Estados Unidos había anunciado que los talibanes quedarían bajo la protección de dicho tratado-.

Apelando a las alertas de seguridad y al estado de emergencia nacional, la Ley quedó suspendida, imponiendo una forma de soberanía que se ejerce fuera de la ley. Al mismo tiempo, se ha creado una burocracia administrativa, donde los funcionarios no sólo deciden quien será juzgado, sino quienes deben ser detenidos de manera indefinida, auspiciados por la

¹⁸⁵ Cfr. *Ibíd.*: 87-88.

normatividad que el gobierno de los Estados Unidos ha impuesto para el tratamiento de los *enemigos* en la «guerra contra el terrorismo».

La detención indefinida no sólo tiene consecuencias en la decisión de cuándo y dónde va a quedar suspendida la ley, sino en la determinación del límite y del alcance de la jurisdicción legal misma. Ambas cuestiones, a su turno, tienen consecuencias para la extensión y auto-justificación de procedimientos propios de un estado de soberanía...¹⁸⁶

A los prisioneros, al negarles el derecho a un juicio, quedarán detenidos indefinidamente.

La «gubernamentalidad» –el modo en que el poder político administra y regula a las poblaciones- se ha convertido en la principal forma de revitalizar el poder estatal, sin que implique necesariamente legitime al Estado, dando pie a nuevas formas de soberanía. Esta vitalidad deviene de un poder soberano, entendiendo por soberanía la legitimación del estado de derecho y la garantía para representar el poder estatal.¹⁸⁷

La legalización de la tortura

Mira, amigo mío, cómo alrededor de cada una de las ventanillas del vagón hay gente encadenada que observa el mundo libre que hay afuera. Cada cual quiere saciar sus ojos, que vagan en diversas direcciones, como si ya tuviera el presentimiento de que está mirando por última vez lo que ve.

Zalmen Gradowski, En el corazón del infierno

El terrorismo paulatinamente se ha convertido en la puerta de entrada de los principales argumentos para establecer un verdadero «estado de excepción». En la época de Reagan, el terrorismo era un tema marginal; en la administración de Clinton adquirió mayor relevancia en el discurso oficial; durante el gobierno de George W. Bush obtuvo tal importancia que se convirtió en la nota dominante bajo la cual se debía interpretar la política norteamericana e, incluso, la vida cotidiana.

Si durante el terrorismo de los ochenta las barreras entre lo real y lo ficticio eran de los más inseguras (en cuatro años, 1989-1993, no hubo en Estados Unidos un

¹⁸⁶ *Ibíd.*: 80.

¹⁸⁷ Cfr. Butler, Judit. *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*. Buenos Aires: Paidós, 2006: 80-81.

muerto por terrorismo pero se publicaron 1.443 libros sobre el fenómeno), después del primer ataque a las Torres Gemelas y Oklahoma City el terror se convirtió en una realidad funcional de la política americana que bien podía ser utilizado para desviar una crisis como el *affair* Lewinski. Pero todo ello resulta insignificante comparado con «la guerra contra el terror» del presidente George W. Bush, una guerra indefinida y potencialmente interminable convertida en el único objetivo de la política americana y que permite introducir una legislación sin precedentes cuyas graves consecuencias para la seguridad nacional y la cooperación internacional resultan cada día más llamativas. Si anteriormente el terrorismo se había naturalizado en una especie de principio caótico siempre a la espera de atacar y hacer estragos, con Bush se ha convertido en la principal razón de Estado, en el enemigo absoluto contra el cual la sociedad tiene que poner en marcha todos sus recursos en una «guerra» interminable.¹⁸⁸

La lógica de excepcionalidad no sólo atenta contra la persona como sujeto de Derecho, también contra sus demás dimensiones. A los detenidos no se les considera «prisioneros de guerra», ni tampoco delincuentes, guardan una condición especial que quedan fuera del orden jurídico convencional y, al mismo tiempo, de cualquier protección o garantía legal. Este *viejo-nuevo* paradigma de gobierno contraviene antiguos principios fundacionales del Derecho. El *Habeas Corpus*¹⁸⁹ fue uno de los primeros derechos *inalienables* en quedar supeditado a la decisión del Presidente. El contraterrorismo legitimó la suspensión práctica del *Habeas Corpus*, el derecho más antiguo de la jurisprudencia anglosajona —que data de la Carta Magna de 1215—, el cual impedía que un hombre fuese encarcelado a menos que así fuera dispuesto por un juicio legítimo. Clinton había propuesto tal medida en el primer proyecto de ley antiterrorista de 1995, después de la masacre de Oklahoma City; pero la propuesta fue rechazada por unanimidad, se estableció que las agencias no necesitaban de las nuevas leyes antiterroristas propuestas por la Casa Blanca¹⁹⁰.

Declarar a un detenido como «*illegal enemy combatant*» —«combatiente-enemigo ilegal»— es una prerrogativa exclusiva del Ejecutivo, quien sea insertado dentro de esta categoría, desconocida hasta ese momento, queda privada de cualquier derecho, ya sea los previstos por el Derecho Internacional humanitario o por la Constitución de los Estados Unidos de América; puede ser encerrado en una cárcel secreta o internado en un campo de concentración sin ninguna restricción legal ni alguna instrucción sobre el término de su detención. Los defensores de la legalización de la tortura argumentan que los terroristas no son combatientes regulares, por lo cual las Convenciones de Ginebra son inaplicables.

¹⁸⁸ «Imperio sin ley: Guantánamo, Patriot Act y Abu Ghraib.» Cap. 14 de *Modernidad y violencia colectiva*, de Josetxo Beriain, 343-353. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2004: 346.

¹⁸⁹ «Ten la plena potestad sobre tu cuerpo. Mostrad el cuerpo. Tengamos el cuerpo. Expresión impuesta en la Magna Carta inglesa de la Edad Media para tener la seguridad de la subsistencia y de la integridad de los detenidos, hoy aceptada por todo el Derecho constitucional.» Nicolliello, Nelson. *Diccionario del Latín Jurídico*. Buenos Aires: Euros Editores, 2004: 176.

¹⁹⁰ Cfr. Zulaika, Joseba, y William A. Douglas. *Op. Cit.*: 346

La guerra contra el terrorismo, emprendida por los Estados Unidos –como respuesta a los ataques del 11 de septiembre de 2001-, ha sido definida como una guerra excepcional y extraordinaria, de tal forma que no está regulada por el Derecho bélico, ni por ningún otro. A los prisioneros de Guantánamo se les ha negado la categoría de «prisioneros de guerra», en cambio se les ha signado, con el fin de legalizar la situación, bajo la categoría de «combatiente-enemigo ilegal» –excluyéndolos de los protección de la Convención de Ginebra-.

Esa red está compuesta por lugares relativamente visibles –como el campo de concentración de la Bahía de Guantánamo-, otros cuya existencia se niega –los llamados «sitios negros» de la CIA, ubicados en distintos lugares del planeta-, pasando por prisiones reconocidas –como Abu Ghraib o Bagram-. En las que, junto a los detenidos registrados, se aloja de manera ilegal a otros prisioneros no declarados. De todos estos lugares han salido sobrevivientes cuyos testimonios, principalmente ante organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos, permiten conocer la existencia de tales lugares y sus condiciones de encierro, que incluyen todas las formas de tortura. Desaparición forzada, detención ilegal y tortura son, sin lugar a dudas, acciones violatorias del derecho internacional vigente que, sin embargo, se ha intentado justificar e incluso legalizar con el argumento de librar una guerra, sí, pero de carácter excepcional.¹⁹¹

El contraste entre la violencia estatal desplegada en la «guerra contra el terrorismo» y la imposibilidad del Derecho internacional humanitario de contenerla se acentúa si se parte de la premisa de que todos los Estados partícipes de la «coalición anti-terrorista» son signatarios de las *Convenciones de Ginebra* y de la *Convención contra la tortura, los Malos Tratos, Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes de la ONU* que prohíben tajantemente muchas de las prácticas , incluyendo cualquier forma de tortura, que han implementado en nombre de la seguridad nacional durante el conflicto bélico. Se ha intentado compatibilizar la decisión de recurrir a la desaparición forzada, la detención ilegal y la tortura con el marco jurídico vigente, flexibilizándolo, recurriendo constantemente a la figura de la excepción. Estas prácticas cotidianas que acontecen en la red de centros de detención clandestinos, se convirtieron en un rasgo distintivo de la «guerra contra el terrorismo».

Una parte sustancial de esta *nueva* discusión es la admisión de la tortura como práctica estatal lícita. El primer argumento, expuesto por Jahn Yoo y Jay Bybee –consejeros del Departamento de Justicia-, sostiene que las prerrogativas del Presidente, en su rol de jefe supremo de las operaciones militares no pueden estar limitadas por ninguna normatividad, ya se internacional o constitucional; esta postura se contrapone a la tradición norteamericana del *ius cogens*¹⁹² -de

¹⁹¹ *Ibíd.*: 97.

¹⁹² «Con esta expresión se designa al Derecho impositivo o taxativo que no puede ser excluido por la voluntad de los obligados a cumplirlo, por contraposición al Derecho dispositivo o supletivo, el cual puede ser sustituido o excluido por voluntad de los sujetos a los que se dirige. El derecho impositivo o «*ius cogens*» se debe observar necesariamente, en cuanto sus normas tutelan intereses de carácter público o general.

respetar los tratados internacionales y sus principios constitucionales democráticos –de respetar el equilibrio entre poderes-. Un poder ejecutivo que no esté regulado por una normatividad es completamente incompatible con el estado de Derecho –que, por definición, delimita las atribuciones de la autoridad pública a través de la Ley-. Además, la «decisión de guerra» no es un privilegio del Ejecutivo, tal como sostiene Yoo, por el contrario –dada su gravedad e importancia- es materia que concierne a la nación, y la decisión le corresponde –de acuerdo a los principios constitucionales- a sus representantes; por lo cual es el Congreso quien debe deliberar sobre la entrada en guerra. Al conceder al Ejecutivo la decisión sobre aspectos tan fundamentales como la paz y la guerra, la libertad y la vida de los ciudadanos y extranjero, se contraría tajantemente el estado de Derecho.¹⁹³

La segunda argumentación expuesta, parte del supuesto de que la tortura es una práctica habitual, necesaria e inevitable en la «guerra contra el terrorismo»; si se le rechazara formalmente se permitiría que se ejerciera bajo una normatividad ambigua y en sedes clandestinas; legalizando la tortura el mal sería *menor* porque se trataría de un procedimiento *sometido a controles, responsable y transparente*. En otras palabras la justificación de la práctica sistemática de la tortura contra los sospechosos de terrorismo radica en su presencia *de facto*, tal como si se tratara de un hecho social inevitable y, en ciertos contextos, moralmente admisible.¹⁹⁴ Si se partiera de una supuesta identificación entre el Derecho y la moral, la legalización de las conductas conlleva una cierta valoración *a priori*, no se admitiría la licitud de conductas éticamente aberrantes; esto implicaría que la tortura habría sido juzgada de alguna manera como positiva.

De esta manera por ejemplo se justificaban las «distas» de la gente a enviar para el campo de exterminio hechas por los mismos consejos judíos de los distintos *ghettos* a los cuales los Alemanes, en un sumo ejercicio de cínica vejación, dejaron por algún tiempo la decisión sobre los nombres para la deportación. De la misma manera, el recurso al mal menor, Carl Schmitt y Karl Larenz, dos inteligentes

La noción, para el Derecho internacional, viene ya del Derecho romano, habiéndose impuesto actualmente por influencia de la terminología jurídica anglosajona; aunque no siempre ha tenido el mismo significado, actualmente equivale a «Derecho necesario» o derecho que necesariamente han de cumplir los Estados, sin que puedan modificarlo por su voluntad. La discusión sobre la existencia de normas de esta naturaleza en el campo internacional saltó del planteamiento doctrinal al ordenamiento jurídico positivo como la Convención de Viena sobre los tratados de 1969, en cuyo artículo 53, fundamentalmente, se recogió la existencia de tales normas en cuanto se declaró que «es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general», teniendo tal carácter «una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo contrario, y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter»...

Lo que resulta difícil es determinar concretamente cuáles son aunque la doctrina considera como tales a las que tutelan los derechos fundamentales de la persona humana, las que tutelan los derechos de los pueblos a su autodeterminación y de los estados a su respeto, los que tutelan los intereses de la comunidad internacional y los que prohíben el uso de la fuerza.» Fundación Tomás Moro. *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid: Espasa Calpe, 1999: 547-548

¹⁹³ Cfr. La Torre, Massimo. Op. Cit.: 80.

¹⁹⁴ Cfr. Ibíd.: 80-81.

teóricos del derecho, justificaron *ex post* su adhesión al nacionalsocialismo. Ya que en suma el abismo del mal –como sabemos por lo menos desde Auschwitz– no tiene fondo, la línea del mal menor se puede acercar al abismo prácticamente al infinito.¹⁹⁵

La tercera justificación para reinsertar la tortura en el ámbito jurídico es la vía utilitarista; partiendo del hipotético «*ticking time bomb scenario*» –«escenario de la bomba de tiempo en marcha»-: se ha detenido a unos terroristas que han colocado una bomba que causaría la muerte de muchos inocentes, debido al corto tiempo disponible para salvar las vidas amenazadas, la única opción es obligar por la fuerza –es decir, a través de la tortura- a los terroristas para que confiesen el lugar donde ha colocado la bomba. A partir de un caso excepcional se pretende instituir a la tortura como una práctica ordinaria, con ello se corre el riesgo de que tan pronto como sea eliminada la prohibición incondicional de la tortura, ya no existan límites inviolables en otros casos.

Inspirado en la corriente alemana del «*Feindstrafrecht*» –«Derecho Penal del Enemigo» que defiende la legalización de la «*Rettungsfolter*» –«tortura de salvamento»-, Alan Dershowitz, jurista norteamericano, afirma que no existe una moral absoluta, sino se trata de una cuestión gradual; pero la tortura rehúye de cualquier principio de universalidad, ya que nadie puede aceptar ser torturado a su vez.

La postura del gobierno es ambigua, por un lado se concibe así misma como una *nación respetuosa de la ley*, –lo cual supondría una condena tajante al uso de la tortura-, por otro, ha recurrido durante muchos años a la práctica sistémica de la tortura. Una posición insostenible, como lo sería La permisividad de la tortura dentro de un marco legal se puede dilucidar se expresa en las declaraciones del Presidente George W. Bush en una conferencia pronunciada en Sea Island, Georgia el 10 de junio del 2004, tras una pregunta hecha por James Harding, reportero del *Financial Times*:

James Harding (*Financial Times*): «Señor Presidente, quiero volver a la cuestión de la tortura. Lo que hemos aprendido esta semana de estos memos es que los abogados del Departamento de Justicia y los abogados del Pentágono han esencialmente elaborado una manera en que los funcionarios estadounidenses torturen a los detenidos sin violar la ley. De esta forma, cuando usted dice que quiere que Estados Unidos se adhiera a las leyes de los Estados Unidos y a las internacionales, no es muy reconfortante. Se trata de una cuestión moral... ¿la tortura en algún momento está justificada?»

El Presidente Bush dijo: «Mira, voy a decirlo una vez más... Tal vez pueda ser más claro. Las instrucciones que se transmitieron a nuestra gente fue que se apegaran a la Ley. Eso debería tranquilizarle. Somos una nación de leyes.... Nos apegamos a las

¹⁹⁵ *Ibíd.*: 82.

leyes. Tenemos leyes en los libros. Usted puede mirar esas leyes, lo cual debería tranquilizarle. Y esas fueron las instrucciones... de mi parte para el gobierno».¹⁹⁶

El gobierno norteamericano pretende obviar la controversia en torno a la institucionalización de la tortura, renombrándola como «interrogatorios coercitivos» y, así, justificar las prácticas implementadas desde que se emprendió la «Guerra Global contra el Terrorismo»; el uso de «técnicas coercitivas de interrogación» por los guardias y los interrogadores fue autorizado por de la CIA y el Pentágono, previa justificación legal de los asesores jurídicos de la Casa Blanca y el Departamento de Justicia; dichas técnicas han sido empleados por la CIA, el ejército e, incluso, por cuerpos privados contratados por el Pentágono y agencias de seguridad extranjeras a las que Estados Unidos ha transferido prisioneros bajo la figura de «*extraordinary rendition*» –«extradiciones extraordinarias»-¹⁹⁷.

Estados Unidos ha catalogado como tortura los mismos *procedimientos alternativos* cuando son empleados por otros países; cada vez que se reporta un abuso de este tipo durante los interrogatorios, el gobierno y los *mass media*, evitan el uso del término «tortura», remplazándolo por una serie de eufemismos.¹⁹⁸ La administración de George W. Bush, a pesar de haber defendido los «procedimientos alternativos de interrogación», como los denominó, se negó a describir en que consistían las *técnicas autorizadas* para el uso de las fuerzas armadas y la CIA; la ACLU, *American Civil Liberties Union* –Unión Americana de Libertades Civiles-, ha denunciado públicamente muchos de los procedimientos *necesarios* practicados durante años para obtener información de detenidos, especialmente para aquellos que han sido adiestrados a resistir los interrogatorios: el *submarino*, la privación del sueño, el confinamiento solitario, las posiciones estresantes sostenidas por más de ocho horas, los golpes, la exposición a temperaturas extremas, la simulación de fusilamiento y el *bombardeo* con ruidos y luces.¹⁹⁹

La flexibilidad que caracteriza esta normatividad permita que se pueda catalogar un trato de los prisioneros de Guantánamo como abusivo y degradante, pero no por ello sería «inhumano». Se insiste en que el concepto «tortura» este reservado a los tratos más extremos; por ello, John Yoo propuso una redefinición del concepto de tortura contemplando únicamente los casos de una «lesión incapacitante», una «falla de algún órgano», una «amenaza inminente de muerte» o

¹⁹⁶ «James Harding (Financial Times): «Mr. President, I want to return to the question of torture. What we've learned from these memos this week is that the Department of Justice lawyers and the Pentagon lawyers have essentially worked out a way that United States officials can torture detainees without running afoul of the law. So when you say you want the United States to adhere to international and United States laws, that's not very comforting. This is a moral question: Is torture ever justified?»

President Bush: «Look, I'm going to say it one more time... Maybe I can be more clear. The instructions went out to our people to adhere to law. That ought to comfort you. We're a nation of law. We adhere to laws. We have laws on the books. You might look at these laws, and that might provide comfort for you. And those were the instructions... from me to the government.» Mayerfeld, Jamie. «Playing by Our Own Rules: How U.S. Marginalization of International Human Rights Law Led to Torture.» *Harvard Human Rights Journal* 20 (Primavera 2007): 89.

¹⁹⁷ Ibid.: 90

¹⁹⁸ Ibid.: 92.

¹⁹⁹ Ibid.: 90-91.

un «daño psíquico prolongado»; todas las torturas dirigidas a obtener formación del torturado no podrían catalogarse como tales, porque el sufrimiento, bajo esta doctrina del doble efecto, sería un «daño colateral», dado que infligir dolor no sería el fin directo ni *inmediato* de la acción. Siguiendo esta lógica, el Presidente podría decidir implementar métodos de tortura, ya que no existe; tampoco se podría regular estas decisiones a una ley, debido a que se consideraría *inconstitucional* que el Congreso limitará sus decisiones dada su calidad de «*commander-in-chief*» – «comandante en jefe»- y las circunstancias extraordinarias.

A pesar de que muchos prisioneros han muerto en custodia de los Estados Unidos debido al trato que se les ha dado²⁰⁰, el gobierno insiste que no se trata de tortura.

La «*Military Commissions Act*» –«Ley de Comisiones Militares», firmada por el Presidente George W. Bush el 17 de octubre de 2006, confirmó este cambio paradigmático. La Suprema Corte estableció en la sentencia «*Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749» que el estado de guerra no significa un *cheque en blanco* para el poder Ejecutivo, se necesitaba de la autorización explícita del Congreso para detentar poderes especiales. En respuesta se aprobó esta Ley que le otorga al Presidente plena competencia de interpretar el artículo 3 de la Convención de Ginebra y, por consiguiente, determinar su ámbito de aplicabilidad. Mediante las Comisiones Militares, se autorizó que el Presidente –junto al Secretario de Defensa pudiera adscribir a un individuo no-ciudadano bajo el *status* de «combatiente-enemigo», colocándolo en una situación que no está cubierto por las garantías que contempla el *Habeas Corpus*. El estado de excepción en el que se encuentran los «combatientes-ilegales» representa la característica fundamental de la «guerra contra el terrorismo», donde prevalece la fuerza sobre el Derecho.

En el documento sobre la Estrategia de Defensa Nacional redactado en marzo 2005 por el Departamento de Defensa de Estados Unidos, por el Pentágono, hay un párrafo que es revelador. Allí donde se hace una lista de las «vulnerabilidades» del país leemos lo siguiente: «Nuestra fuerza como Estado nacional continuará siendo desafiada por aquellos que emplean una estrategia de los débiles [*a strategy of the weak*] usando foros internacionales [*international fora*], procedimientos judiciales, y el terrorismo» (p. 5). De manera que las instituciones internacionales y los procedimientos jurídicos están puestos al mismo nivel del terrorismo. Además... el derecho, las reglas, son armas de los débiles (y fracasados) («*a strategy of the weak*») para contrarrestar el éxito, el triunfo, y la vitalidad del más fuerte.²⁰¹

²⁰⁰ *Ibíd.*: 91-91.

²⁰¹ La Torre, Massimo. *Op. Cit.*: 73.

Por su naturaleza, la tortura es un abuso y un exceso, por lo cual resulta absurdo *prever* un abuso de tortura. A pesar de que la tortura se rige por un principio de racionalidad instrumental, no existe posibilidad de *controlar* y *evaluar* el desempeño del torturador, ya que por definición rehúye de cualquier prescripción objetiva; su eficacia depende de presentarse como *exceso*. Aun cuando los «tipos de casos» pudieran ser previstos, la violencia desplegada sería inconmensurable; resulta imposible definir una categoría como «dolor *excesivo e intolerable*», ya que esto depende de los límites de la víctima y no de los usos y las prácticas del verdugo.

Estados Unidos ha mantenido la negativa de incorporar a su sistema legal la normatividad internacional referente a los derechos humanos –dispuesta para evitar políticas como la norteamericana–, aún antes de los atentados del 11 de septiembre; por tal motivo, una vez emprendida la «guerra contra el terrorismo» fue más sencillo hacer a un lado dicha normatividad.

La tortura ha sido una práctica común a lo largo de la historia de los Estados Unidos; su presencia se remonta mucho más atrás de la «Guerra contra el terrorismo», no sólo fue implementada en la época del esclavismo y de los linchamientos de turbas enardecidas; los métodos de *interrogatorio coercitivo*, aplicados por la CIA, preceden a los atentados del 11 de septiembre; en la primera mitad del siglo XX, los cuerpos policiales recurrían constantemente a la tortura, en particular en las prisiones sureñas de la década de los cuarenta. A pesar de que los defensores de los derechos humanos y las libertades civiles han trabajado arduamente para crear una legislación que logre evitar la brutalidad policia y el maltrato a los prisioneros, actualmente continúa siendo un grave problema.

En varios momentos, el Ejército y las agencias de inteligencia de los Estados Unidos han implementado la tortura una como táctica contrainsurgente; por ejemplo, durante la rebelión en Filipinas que se llevó a cabo entre 1899 a 1902; también, en la Guerra de Vietnam se torturó a muchos sospechosos de ser miembros del Viet Cong. Durante la Guerra Fría se extraditó a países de Asia y América Latina con regímenes militares a algunos disidentes políticos, a sabiendas que de las prácticas que se llevaban a cabo en estos países, de hecho, la CIA mantuvo en su nómina a muchos oficiales de estos regímenes para pagar por la información obtenida a través de la tortura, además se instruyó a los cuerpos de seguridad latinoamericanos para emplear ciertos métodos de tortura²⁰², incluso la CIA enviaba funcionarios norteamericanos para supervisar estas prácticas.²⁰³

²⁰² En 1988, un agente de la inteligencia hondureña, miembro del batallón 316, reporta a sus colegas lo que ha aprendido de los instructores de la CIA y el ejército de los Estados Unidos en un campo de entrenamiento instalado en Texas: « [T]he Americans taught me interrogation, in order to end physical torture in Honduras. They taught us psychological methods to study the fears and weaknesses of a prisoner. Make him stand up, don't let him sleep, keep him naked and isolated, put rats and cockroaches in his cell, give him bad food, serve him dead animals, throw cold water on him, change the temperature» «[L]os estadounidenses me enseñó métodos de

Al principio de la Guerra Fría, la CIA subvencionó una serie de estudios psicológicos *sui generis*, los cuales se convertirían a la postre en el «*KUBARK Counterintelligence Interrogation handbook*» – «Manual de Interrogatorios de Contrainteligencia KUBARK»-; aunque el «Manual KUBARK» privilegia la agresión y la coerción psicológica, describe las formas para infringir daño físico y los materiales eléctricos, médicos y químicos necesarios para conseguirlo. Echando mano de estudios psicológicos, sugiere la utilización de métodos que induzcan a la regresión de la personalidad a una etapa más vulnerable y, de esta manera, disminuir la resistencia y provocar una sensación de dependencia; el objetivo es quebrar la psique del prisionero produciendo situaciones insostenibles.²⁰⁴

Muchas de las técnicas empleadas en Afganistán, Irak y en el centro de detención de la Bahía de Guantánamo después del 11 de septiembre, fueron aprobadas por la CIA y el Pentágono durante la Guerra Fría; lo que les distingue de la Guerra Fría es la autorización directa y el monitoreo hecho por altos funcionarios del gobierno norteamericano²⁰⁵, la creación de una red internacional de centros de detención, el reclutamiento de personal a gran escala por parte del ejército y la CIA para realizar estos *métodos coercitivos*, el constante traslado de prisioneros a través de las fronteras internacionales, la eufemística transparencia de los *procedimientos alternativos*, la instauración de aparato legal que ampara la tortura y, en consecuencia, el desafío directo a la legislación internacional que prohíben estas prácticas y otras formas de maltrato; en otras palabras, la nueva política ha institucionalizado la tortura de manera centralizada, racionalizada y sistematizada.

En un memo enviado por Alberto Gonzalez, Consejero de la Casa Blanca, al Presidente George W. Bush el 25 de enero de 2002 advertía, en pos del éxito militar, la necesidad de eludir las restricciones impuestas por la Convención de Ginebra;²⁰⁶ de esta manera, se proveía una aprobación legal para *proteger* a los funcionarios norteamericanos –y evitar fuesen perseguidos por cometer crímenes de guerra-, por ello, se determinó que se les negaría el *status* de «prisioneros de guerra» a los –supuestos- miembros de Al-Qaeda- que fueran capturados durante el conflicto y, en consecuencia, tampoco se les garantizaría un «trato humanitario», tal como se establece en la Convención de Ginebra.

interrogación, con el fin de poner fin a la tortura física en Honduras. Nos enseñaron métodos psicológicos-a analizar los temores y las debilidades de un prisionero. Mantenerlo parado, no dejarlo dormir, dejarlo aislado y desnudo , poner ratas y cucarachas en su celda, darle comida en mal estado, servirle animales muertos, echarle agua fría, exponerlo a cambios de temperatura» Mayerfeld, Jamie. Op. Cit.: 98-99.

²⁰³: *Ibíd.*: 97.

²⁰⁴ *Ibíd.*: 98-99.

²⁰⁵ En marzo del 2002 el Presidente George W. Bush, la Asesora de Seguridad Nacional Condolezza Rice y el Fiscal General John Ashcroft firmaron la autorización que le permitía a la CIA la aplicación de *técnicas coercitivas*. Cfr. *Ibíd.*: 100.

²⁰⁶ «render[ed] obsolete Geneva's strict limitations on questioning of enemy prisoners...» «las estrictas restricciones de Ginebra, respecto al interrogatorio de prisioneros, han quedado obsoletas...» *Ibíd.*: 101.

La Convención de Ginebra insta la normatividad que regula el alojamiento, el traslado y el tratamiento de los prisioneros de guerra, además establece que no se puede forzar a los prisioneros a dar información bajo ningún pretexto –sólo están obligados a informar su identidad-, sobre todo prohíbe cualquier forma de tortura, sin importar el fin para el que sea empleada. De acuerdo a la *Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Los Estados beligerantes han insistido en la necesidad de establecer un *nuevo enfoque* a la Convención de Ginebra²⁰⁷, lo que evidencia la fragilidad del estado de derecho, en particular de los Derechos Humanos. Esta reinterpretación jurídica propuesta por la «coalición contra el terrorismo» justifica el *derecho* de someter a los detenidos a «interrogatorios-torturas» con el pretexto de «prevenir nuevos ataques terroristas».

Una de las primeras medidas tomadas por el gobierno norteamericano, que atentó contra el estado de Derecho, fue acotar el concepto de «tortura». En agosto del 2002 el gobierno emitió una autorización a la CIA para recurrir a la tortura, excluyendo de su definición algunas de sus formas más comunes; en marzo del 2003, en un documento dirigido al Pentágono, se estableció que únicamente se le podía considerar una forma de tortura a las lesiones que pusieran en riesgo la vida, es decir, *un dolor equivalente a una lesión física grave producto de la disfunción de un órgano o de funciones psicológicas*²⁰⁸. En dicho documento se estableció que los poderes del Presidente en tiempos de guerra son superiores a cualquier ley que prohibirá la tortura.

Entre las "reforzadas técnicas de investigación" se encuentran el ahogamiento, congelamiento, la privación del sueño, simulación de fusilamiento, bofetadas y golpes. Estos procedimientos

²⁰⁷ Victoria Blake, vocera de Donald Rumsfeld –secretario de Defensa-, declaró: «Estamos en una guerra muy poco convencional. Por eso cada uno de sus aspectos, incluida la Convención de Ginebra y su aplicación, debe ser vista con una mirada nueva...» Calveiro, Pilar. *Violencias de Estado. La guerra antiterrorista y la guerra contra el crimen como medios de control global*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012: 98.

²⁰⁸ «... el Pentágono aseguraba, en 2003, que provocar dolor no se podía considerar como tortura a menos que casara «muerte, fallo de un órgano o daño permanente», y autorizaba a sus interrogadores a utilizar «técnicas severas de interrogación».» *Ibíd.*: 99.

fueron autorizados para utilizarlos en los «sitios negros» fuera de Estados Unidos, como se les llama a las prisiones secretas, donde los sospechosos de terrorismo han sido trasladados.

So pretexto de que en tiempo de guerra las decisiones del presidente eran superiores que las leyes nacionales e internacionales, en la administración de George W. Bush se autorizó el empleo de técnicas de tortura contra extranjeros sospechosos de terrorismo en los caos que se juzgara *necesario*; aunque las autorizaciones fueron anuladas en 2004 por el Departamento de Justicia, el gobierno norteamericano no ha prohibido el uso de «técnicas severas interrogación» –o cualquier otra «herramienta necesaria»-, como el «*waterboarding*» –«submarino», ahogamiento simulado-; y aunque en 2005 el Congreso emitió una ley limitando al Pentágono a implementar sólo las técnicas de interrogatorio contemplaban los manuales oficiales del ejército –y en el 2007 se redujo la lista de técnicas aprobadas-, el Presidente se arrogó la prerrogativa de autorizar el uso de «técnicas especiales» en caso de *emergencia*²⁰⁹.

En este intento por ampliar las prácticas permitidas se instituido en la idea de que determinados actos pueden ser crueles, inhumanos o degradantes, pero no producir el dolor o el sufrimiento necesarios para ser considerados tortura. La distinción entre la tortura y los llamados genéricamente «abusos» ha sido una forma de excluir de esa calificación muchas atrocidades, como las ocurridas en la prisión de Abu Ghraib. El uso de esta fórmula –no sólo en las instancias gubernamentales sino también en los medios de comunicación- ha sido una manera de bloquear la referencia directa a la tortura sin más, lo que no debe ser motivo de sorpresa: por lo regular, los torturadores no se asumen como tales.²¹⁰

Durante la administración de George W. Bush se insistió en que la tortura representaba una herramienta fundamental en la «guerra contra el terrorismo». La lucha por «proteger la democracia y la libertad» no admiten el respeto del estado de Derecho –y de la vida humana-; negoció con la oposición para permitir la tortura, o cuando menos no fuera prohibida explícitamente. Dick Cheney, vicepresidente de los Estados Unidos, presionó al Congreso para que eximiera a la CIA de la prohibición de todo trato «cruel, inhumano y degradante» a los detenidos por las fuerzas militares y de inteligencia, argumentando que el presidente necesita un máximo de flexibilidad para decidir. La prohibición de la tortura no se aplicaría a terroristas que no fuesen ciudadanos norteamericanos, si el presidente de los Estados Unidos los considerara *vital para la seguridad nacional*, y quien lo llevara a cabo no fuera un agente del Departamento de Defensa, es decir, se pide legalizar la tortura –siempre y cuando sea operada por otras agencias gubernamentales. La mejor forma de sobrellevar los «problemas legales y morales» sería permitir que la CIA se encargara del *trabajo sucio, pero necesario*.²¹¹

²⁰⁹ Brooks, David. «Bush autorizó a la CIA y el Pentágono torturar a sospechosos de terrorismo.» *La Jornada*, 4 de Abril de 2008.

²¹⁰ Calveiro, Pilar. Op. Cit.: 100.

²¹¹ Cfr. Brooks, David. «Insiste la Casa Blanca en usar la tortura en la lucha antiterrorista.» *La jornada*, 27 de Octubre de 2005.

En noviembre de 2005, el Ejecutivo norteamericano se opuso a una enmienda que ponía bajo su jurisdicción todas las prisiones –independientemente de su localización-, y por tanto a la prohibición de recurrir a la tortura y a cualquier trato cruel, degradante o inhumano; con ello mostraba su intención de no sólo mantener estas prácticas, sino hacerlas otorgándoles una apariencia legal.

En 2009, durante la administración de Barack Obama, se prohibió la tortura, pero la CIA se reservó el derecho de seguir aplicándola de manera «excepcional». Aunque la tortura se aplique sistemáticamente, independientemente de su legalidad, que se legalicen estas prácticas conlleva una autorización y, por tanto, libera de responsabilidad a los perpetradores; cuando se carece de autorización legal operan otras formas institucionales; es indispensable que exista una autorización institucional de las prácticas sistémicas de la tortura, pero si esta es legal aumenta sus alcances.

La amenaza de tortura está acompañada por una intensa vigilancia; el «*Patriot Act*» –«Acta Patriótica»- ha otorgado a la policía el poder de mezquita, escuela, biblioteca o grupo comunitario en caso de ser sospechosos de mantener vínculos con grupos terroristas. El mensaje del gobierno de Estados Unidos, a juicio de Naomi Klein, es claro:

... estás siendo observado, tu vecino puede ser un espía, el gobierno puede encontrar lo que sea sobre ti, si das un mal paso podrías desaparecer en un avión que va a Siria o en «el profundo hoyo negro de Guantánamo»...²¹²

La utilidad de la tortura, más que obtener información, radica en acabar con la voluntad de resistir²¹³, no sólo con los prisioneros de Guantánamo o los de las celdas de aislamiento sirias, sino de una comunidad más amplia. Las personas dejan de opinar de temas políticos y sociales para no llamar la atención, incluso, dejan de participar en sus comunidades.²¹⁴ La construcción del miedo:

Pero este miedo debe ser finamente calibrado. La gente que está siendo intimidada necesita saber lo suficiente para estar asustada pero no lo suficiente como para exigir justicia. Esto podría explicar por qué el Departamento de Defensa desclasificará cierto tipo de documentos que podrían contener información incriminatoria sobre Guantánamo fotos de hombres en jaulas, por ejemplo al mismo tiempo que suprime las fotografías de lo que pasó en Abu Ghraib. Y

²¹² Klein, Naomi. «Los extensos «beneficios» de la tortura.» *La Jornada*, 22 de Mayo de 2005.

²¹³ «... los perpetradores tratan en muchas ocasiones de justificar sus actos de tortura y malos tratos con la necesidad de reunir información. Pero esta conceptualización oculta el propósito de la tortura. El objetivo de la tortura es deshumanizar a la víctima, romper su voluntad y, al mismo tiempo, sentar un horrible precedente para los que entren en contacto con la víctima. De esta forma, la tortura puede romper o dañar la voluntad y coherencia de comunidades enteras.» *Ibidem*.

²¹⁴ Cfr. *Ibidem*.

podría también explicar por qué el Pentágono aprobó el nuevo libro de un ex traductor militar, que incluye pasajes sobre prisioneros humillados sexualmente, pero no le permitió escribir sobre el uso generalizado de perros de ataque. Esta filtración estratégica de información, combinada con los desmentidos oficiales, induce un estado que los argentinos describen como "saber sin saber", un vestigio de su *guerra sucia*.²¹⁵

Tras Guantánamo, que resultaba inimaginable antes del 11 de septiembre y hoy es de conocimiento público, subyace una lógica imperial; el sistema legal de los Estados Unidos, autoproclamado como un ejemplo internacional de independencia democrática, permite esta situación. La tortura, una vez definido el otro como terrorista –como causante de los atentados del 11 de septiembre, lejos de significar una aberración, resulta la consecuencia lógica del discurso.

Cinco británicos arrestados sin juicio por sospechosos de terrorismo en la base militar de los Estados Unidos en la Bahía de Guantánamo, Cuba, llegaron de regreso a este país (Inglaterra) a bordo de un avión de transporte militar el martes por la noche, aterrizando en una base aérea al oeste de Londres y enfrentándose a un futuro incierto.²¹⁶

La Guerra de Irak es considerada «ilegal» por la mayoría de aliados europeos y las consecuencias impredecibles de la nueva doctrina de la guerra preventiva en la época nuclear.

Este reportaje de *The New York Times* de Londres fechado el 10 de marzo de 2004, Jamal Udeen da reclama que había sido golpeado brutalmente por la policía norteamericana tras haberse negado a que le inyectaran una sustancia desconocida; pensaba en la prisión de Kandahar que con la llegada de los militares norteamericanos sería puesto en libertad, en cambio fue trasladado a Guantánamo.

El abogado de Jamal Udeen,

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ Zulaika, Joseba, y William A. Douglas. «Imperio sin ley: Guantánamo, Patriot Act y Abu Ghraib.» Cap. 14 de *Modernidad y violencia colectiva*, de Josetxo Beriain, 343-353. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2004: 343

Su retorno a Inglaterra ha colocado a las autoridades en un aprieto, enfrentando las exigencias de libertad de las familias y de los activistas de los derechos humanos contra el deseo del gobierno de ser percibido como duro contra el terrorismo.

Los defensores de derechos humanos argumentan que Udeen no sólo fue detenido sin un motivo real, además, la estrecha relación entre Blair y Bush no había servido de mucho cuando se exigía que los ciudadanos británicos fueran juzgados o liberados.

La palabra «tortura» queda en desuso, según palabras de Rumsfeld, *se trata de abuso, técnicamente distinto a la tortura*²¹⁷

Siempre ha sido así: el imperio tiene derecho a perseguir sus designios de control global revestidos de *mission civilisatrice*. Hay que exportar democracia y libertad por el mundo. Habrá tal vez algún doble estándar en el empeño, pero que nadie dude de que nuestras intenciones son buenas. Y si no al imperio en su misión civilizadora, ¿a quién va a corresponder hacer uso de las dobles varas de medir? Un ejemplo: la mera intención de otras naciones de poseer armas de destrucción masiva es una aberración inaudita que debe ser impedida por todos los medios, pero no así el imperio. Que tiene derecho a tener esas mismas armas y hasta a utilizarlas para que otros no las posean. Otro ejemplo: los ejércitos de otras naciones tienen el deber de obedecer las Convenciones de Ginebra, pero no así Estados Unidos. Otro ejemplo: a otras naciones se les permite declarar la guerra sólo en defensa propia; los Estados Unidos tienen derecho a una guerra preventiva. Y así sucesivamente.²¹⁸

Terry Waite, clérigo anglicano –famoso por haber permanecido secuestrado en Beirut:

Si alguien es sospechoso de terrorismo, lo que hay que hacer es tener evidencias, presentar cargos, permitirles tener la representación legal adecuada y traerles ante un tribunal debidamente constituido. Si no se hace eso, ¿para qué sirve el imperio de la ley?²¹⁹

La caída de la estatua de Sadam Hussein fue una imagen celebrada que venía a señalar el fin del tirano odiado. Pero lo verdaderamente real tras las grandes promesas civilizadoras americanas estaba todavía por llegar. La «guerra contra el terror» se esperaba que fuera una guerra interminable pero a la vez invisible. Ni

²¹⁷ «... mi impresión es que en los cargos que han salido hasta ahora se trata de abuso, que yo creo es técnicamente diferente de tortura. Y por tanto no voy a hablar de la palabra «tortura.»» *Ibíd.*: 343.

²¹⁸ *Ibíd.*: 343.

²¹⁹ *Ibíd.*: 344.

siquiera las imágenes de los muertos en Irak debían ser enseñadas al público. Hemos tenido que esperar al siglo XXI para que un presidente americano dividiera el mundo en mitades entre el Bien y el Mal, y desde el pináculo de su poder impusiera al mundo el deber de erradicar el Mal. Las imágenes de Abu Ghraib son consecuencia directa de semejante alucinación. Finalmente las imágenes de lo real han empezado a despertar al público americano de la pesadilla imperial de sus dirigentes.²²⁰

La anormalidad de las medidas implementadas en la «guerra contra el terrorismo», en particular la «*Patriot Act*» –«Acta Patriótica»- corresponden al régimen de excepcionalidad. El «*Patriot Act*», presentado el 5 de octubre de 2001, fue aprobado por el Senado tan sólo un mes después de los atentados y, al día siguiente, por la Cámara de Representantes; lo cual garantizó que casi ninguno de los que lo votaron la habían leído. Los defensores de las libertades civiles han criticado esta ley ya que viola los principios constitucionales, impidiendo los controles judiciales y, en consecuencia, aumentando las capacidades de la CIA y el FBI –abriendo la posibilidad a implementar duras medidas contra los inmigrantes-.

El «*Patriot Act*» ha proporcionado al gobierno una capacidad de vigilancia extraordinaria que va más allá de la investigación del terrorismo y que incumbe a cualquier investigación *criminal*, se ha cambiado los dispositivos de control: impone culpa por asociación sobre inmigrantes – estableciendo su alcance aún antes del *Act* de 1996; autoriza la detención en base a la mera sospecha de que un inmigrante ha cometido un crimen violento o haya ayudado a una organización proscrita; permite al gobierno negar el acceso a un extranjero que haya hecho uso de su libertad de expresión; autoriza que el gobierno lleve a cabo investigaciones criminales e intervenga conversaciones telefónicas sin mostrar una causa probable de que el individuo haya cometido alguna actividad criminal; autoriza investigaciones secretas, aun cuando el caso no esté relacionado con el terrorismo; ha concedido a la CIA poderes de jurado de acusación sin ninguna regulación judicial –los juicios se llevan en secreto y los nombres de los detenidos no se hacen públicos- y reduce el control judicial del manejo de la información permitiendo *búsquedas exploratorias* en bases de datos de bancos, hospitales y universidades.²²¹

Ya que se ha establecido una culpa por asociación, se ha legitimado nuevamente la detención en base a perfiles étnicos que, en vez de favorecer las investigaciones, minan la poca credibilidad de la justicia militar:

... al igual que sucedió con las 110.000 personas de ascendencia japonesa que fueron detenidas en campos de concentración en Estados Unidos durante la Segunda Guerra Mundial. El gobierno ha detenido a más de 1.200 personas, cai

²²⁰ *Ibíd.*: 345.

²²¹ *Cfr. Ibíd.*: 346-347.

todas ellas árabes o musulmanes, en conexión con su investigación de los ataques del 11 de septiembre. Solamente una de esas personas ha sido acusada de estar envuelta en los crímenes que se investigan.²²²

Justificándose en un intento de contener el desorden creciente y la ausencia de ley inherentes al terrorismo, el gobierno norteamericano se ha eximido de someterse al «imperio de la ley», se dejó de lado todo límite legal. El problema central del «estado de excepción» radica en el hecho que resulta indistinguible la ejecución de la ley de su transgresión, de tal modo que lo que viola la norma coincide con lo que la conforma. Guantánamo, símbolo de la lucha contra el terrorismo, puede concebirse como la negación de toda legalidad; lo que es tolerado por la ley de la nación –y calificado como un caso «normal»-, desde la perspectiva del estado de Derecho es un fracaso de la Ley.²²³

En la era nuclear, una guerra preventiva sería impensable si no fuese por el terrorismo; Bush ha recurrido a la doctrina preventiva para justificar la invasión y ocupación de un país en base a la *certeza* sobre la «naturaleza demoniaca del enemigo», la *ausencia* de valores morales del terrorista hacen que sólo deba ser comparado con un animal, por lo que se debería pagar con la misma moneda. La política de tirar a matar del contraterrorismo, la eliminación del procedimiento judicial debido y el uso habitual de la tortura.²²⁴

... el asunto es, más bien, que ambas partes no están realmente opuestas, sino que pertenecen a un mismo campo. En breve, la postura que hay que adoptar es aceptar la necesidad de luchar contra el terrorismo, pero a base de redefinir y expandir sus términos hasta el punto de que incluya también (algunos) actos americanos y de otras potencias occidentales.²²⁵

Editorial de *The New York Times* publicada en marzo de 1993, en el primer ataque terrorista al World Trade Center, de menor escala:

Si algo demuestra el ataque contra el World Trade Center es que nuestras oficinas, fábricas, redes de transporte y comunicaciones son relativamente vulnerables ante unos terroristas entrenados... Entre las recompensas por nuestros esfuerzos para proporcionar el liderazgo que se necesita en un mundo fragmentado y proclive a la

²²² *Ibíd.*: 347.

²²³ «Lo impensable se ha normalizado debido a las creencias, miedos y profecías anunciadas de una nueva cultura del terrorismo que es radicalmente subversiva de lo que se había conocido hasta ahora como el imperio de la ley...» *Ibíd.*: 349.

²²⁴ *Cfr. Ibíd.*: 350-351.

²²⁵ *Ibíd.*: 351.

crisis, estarán las cuentas que terroristas y otros sociópatas que aún no podemos ni imaginar estarán decididos a saldar con nosotros.²²⁶

La soberanía, entendida a partir Schmitt, supone una paradoja: el soberano se encuentra simultáneamente dentro y fuera del ordenamiento jurídico; la prerrogativa de poder proclamar el estado de excepción y, de esta forma, suspender la validez del Derecho positivo – normalmente vigente–, arroja al soberano fuera del Derecho, sin dejar de estar vinculado con él –puesto que tiene la competencia de decidir si la Constitución es suspendida *in toto*.²²⁷ La excepción marca el límite del ordenamiento jurídico.

²²⁶ *Ibid.*: 283.

²²⁷ «Yo, el soberano, que estoy fuera de la ley, declaro que no hay un afuera de la ley.» Agamben, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-textos, 2010: 27.

La emergencia de una nueva racionalidad punitiva excepcional en el Estado «securitario»

Antes de la primera guerra mundial –la de 1914-18- mucha gente afirmaba que no le interesaba la política. En nuestros días, semejante actitud ha llegado a ser imposible. Ya no podemos desinteresarnos de la política porque es la política la que se interesa por nosotros –por cada uno de nosotros- La política irrumpe en cada vida personal, y nuestro destino individual depende, en gran parte, de nuestra perspicacia política...

Alfred Stern, *La filosofía de la política y el sentido de la guerra actual*

La emergencia de nuevas racionalidades punitivas

El hombre ya no está encerrado sino endeudado. Sin duda, una constante del capitalismo sigue siendo la extrema miseria de las tres cuartas partes de la humanidad, demasiado pobres para endeudarlas, demasiado numerosas para encerrarlas: el control no tendrá que afrontar únicamente la difuminación de las fronteras, sino también la de los disturbios en los suburbios y los guetos.

Gilles Deleuze, Post-scriptum sobre las sociedades de control

La historia de la soberanía está marcada por su relación con la violencia. El crecimiento del poder real del Estado moderno fue producto de la creación de los ejércitos profesionales y del desarrollo de nuevas instancias judiciales. Estas instituciones le permitieron al Estado soberano, limitar las antiquísimas relaciones feudales medievales. Este proceso ha estado marcado por varios momentos ambiguos, pues, aunque en un principio, las prácticas judiciales multiplicaron constantemente las facultades de los reyes, a finales del siglo XVII, ya no actuarían como multiplicadoras del poder real del Estado de policía, sino, al contrario, como limitantes.

En realidad, el derecho y las instituciones judiciales que habían sido intrínsecas al desarrollo del poder real se convierten ahora, en cierto modo, tanto en exteriores como en exorbitantes con respecto al ejercicio de un gobierno según la razón de Estado.²²⁸

A pesar de que el Derecho fungió como punto de apoyo para limitar la extensión indefinida de la «razón de Estado», se crearon leyes a las que se le atribuyó anterioridad lógica: el soberano no debía tocarlas, lo cual establecía un primer principio de limitación para el Estado moderno. En el terreno penal, la filosofía del *ius naturalismo* racionalista delineó los valores de la tradición jurídica moderna fundada en el «estado de Derecho». Al crear un vínculo entre la libertad y la legalidad, la principal función del Estado sería proteger los derechos de los ciudadanos.²²⁹

²²⁸ Foucault, Michel. *Nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007: 25.

²²⁹ Cfr. Rivera Beiras, Iñaki. «Forma-Estado, mercado de trabajo y sistema penal («nuevas» racionalidades punitivas y posibles escenarios penales).» En *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, de Iñaki Rivera Beiras, 287-326. Barcelona: Anthropos/Observatorio del Sistema penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona, 2004: 287-288.

Una de las consecuencias más importantes de la Revolución Francesa es la proclamación de aquellos derechos denominados como «derechos humanos», la cual ha desencadenado mutaciones en la representación del individuo y de la sociedad.

El Estado liberal aseguraría la participación en los asuntos públicos a través del sufragio universal; ponderando la fuerza del número y el principio del derecho, los trabajadores gozarían de la libertad de opinión y de asociación, en consecuencia, tendrían derecho a huelga. En este sentido, Benjamin Constant, al postular la libertad del individuo, afirmaría el principio de la soberanía del Derecho sobre la soberanía detentada por un hombre, un grupo e, incluso, un pueblo.

En cierto modo, la sociedad modela al Estado, pero también es modelada por él.²³⁰ Constant concebía la democracia como una forma de gobierno, tal como lo era para Aristóteles y Montesquieu: un régimen donde se afirma la soberanía del pueblo. No imaginó que se tratara de la apertura de un momento histórico sin precedentes, cuyas causas y efectos no son localizables en la esfera convencionalmente definida como gubernamental.

Es inútil precisar cuán diferente es este liberalismo al nuestro. Pero la tendencia, cuyas consecuencias medimos, ya es visible, y es importante observar que se dibuja en un plano propiamente político, bajo el efecto de la aceleración de lo que Tocqueville llamaría la *revolución democrática*. Lo que me parece haber escapado al pensamiento de Constant es que el crecimiento del poder no es efecto de un accidente histórico, de una usurpación de la que surge un gobierno arbitrario, sino que acompaña al movimiento irresistible que hace sobrevenir de la ruina de las antiguas jerarquías una sociedad unificada, o mejor dicho, la *sociedad como tal* – movimiento que en sí mismo va aparejado con la emergencia de los individuos, definidos como independientes y semejantes.²³¹

Guizot, quien formuló la versión pragmática del liberalismo, sin deponer el principio de la soberanía del Derecho, sostendría la necesidad de forjar un poder fuerte –emanado de la élite burguesa– que fungiera como agente para forjar una aristocracia de un nuevo tipo, fundada en la virtud de su función y en el mérito, en vez del nacimiento.

En esta versión del liberalismo, ya está contenida la noción de un Estado basado en el poder de la norma y el control. Al pretender que al instaurarse los «derechos humanos», surgió un modelo de Estado capaz de diferenciar sustancialmente lo antiguo y lo modernos, se convierte al «Estado liberal» en una abstracción, negando rasgos fundamentales de la emergente sociedad democrática. Alexis de Tocqueville anticipa el peligro de conversión de un sistema de libertad

²³⁰ Cfr. Lefort, Claude. *La incertidumbre democrática. Ensayo sobre lo político*. Barcelona: Anthropos, 2004: 133.

²³¹ Lefort, Claude. *La incertidumbre democrática. Ensayo sobre lo político*. Barcelona: Anthropos, 2004: 134.

en un despotismo, en un sistema de opresión nuevo, cuya definición escapa a los primeros liberales, ya que persiste la posibilidad de sujeción del individuo al Estado.²³²

Por encima de ellos [los individuos] se eleva un poder inmenso y tutelar que se encarga exclusivamente de asegurar su alegría y de velar por su suerte. Es absoluto, minucioso, regular, previsor y benigno. Se asemejaría al poder paternal si, como él, tuviera por objeto preparar a los hombres para la edad viril; sin embargo, no busca sino fijarlo irrevocablemente en la infancia; le gusta que los ciudadanos gocen con tal de que no piensen sino en gozar. Trabaja de buena gana por su felicidad, pero en esa tarea quiere ser el único agente y el único árbitro; provee medios para su seguridad, prevé y asegura sus necesidades, facilita sus placeres, conduce sus principales negocios, dirige su industria, regula sus sucesiones, divide sus herencias; ¿no podría ahorrarles la molestia de pensar y el esfuerzo de vivir? ... Siempre creí que esta forma de servidumbre, regulada, dulce, apacible, cuyo cuadro acabo de dibujar, podría combinarse, mejor de lo que nos imaginamos, con algunas de las formas exteriores de la libertad y que no le sería imposible establecerse a la sombra misma de la soberanía del pueblo.²³³

Con cierta razón, Marx niega algún avance con la instauración del sistema democrático-liberal; sostiene que los «derechos humanos» han servido para enmascarar el egoísmo propio de las relaciones que se han establecido en la sociedad burguesa, pues las relaciones de explotación se ocultaban tras los principios de igualdad, libertad y justicia.

La teoría del Derecho natural postulaba derechos imprescriptibles, que ningún soberano podía trasgredir. Asimismo, la teoría contractual –en el que los individuos acuerdan la creación del Estado- contempla ciertas cláusulas a las que está obligado el soberano por el mismo contrato, pues únicamente dentro de él, y con respeto a sus cláusulas adquiere dicho carácter soberano. En caso de una trasgresión a estos principios extrínsecos, que solían vincularse con la idea de Dios o con la historia remota, un gobierno podía ser declarado ilegítimo, incluso podía liberar a los súbditos de su deber de obediencia.

A partir del siglo XVII, la racionalidad gubernamental moderna introduce un principio de limitación intrínseco: una limitación de hecho, más que una limitación de Derecho²³⁴, de

²³² «Pienso –escribe éste- que la especie de opresión que amenaza a los pueblos democráticos no se parecerá a nada de lo que la precedió en el mundo, nuestros contemporáneos no sabrían encontrar la imagen en sus recuerdos. Yo mismo la busco en vano una expresión que reproduzca y contenga con exactitud la idea que me formo: las antiguas palabras del despotismo y tiranía no se ajustan en lo más mínimo.» Lefort, Claude. *La incertidumbre democrática. Ensayo sobre lo político*. Barcelona: Anthropos, 2004: 135.

²³³ Lefort, Claude. *La incertidumbre democrática. Ensayo sobre lo político*. Barcelona: Anthropos, 2004: 135.

²³⁴ «En primer lugar, será una regulación, una limitación de hecho. De hecho quiere decir que no será una limitación de derecho, aun cuando éste se vea, en uno u otro momento, en la obligación de transcribirla en forma de reglas que no deben infringirse. Sea como fuere, decir que es una limitación de hecho significa que si el gobierno llega alguna vez a atropellarla, a traspasar las fronteras que se le imponen, no será sin embargo ilegítimo, no habrá desertado, en cierto modo, de su propia esencia, no se verá desposeído de sus derechos fundamentales.

carácter general, de acuerdo a sus propios principios. En esta nueva racionalidad gubernamental, el Estado se delimita como una realidad específica y autónoma, pues sólo existe por y para sí y en relación consigo, como una especificidad plural²³⁵. El gobernante ha dejado de asegurar la salvación de sus súbditos en el más allá, al menos de manera directa, como lo hacía el soberano de la Edad Media –que soñaba con construir el imperio del último día-, ni desplegar una benevolencia paterna; en cambio, debe respetar una serie de principios y reglas que se sitúan por encima del Estado o son exteriores a él²³⁶.

En el ámbito de la política externa, el principio de autolimitación del Estado da paso a la principio de competencia necesaria y suficiente; cada Estado debía asegurar su independencia y determinada condición de fuerzas que evitara una condición de inferioridad respecto a los países restantes. En el orden de la política interna, se establecen objetivos ilimitados: ya no sólo estaría al tanto de la actividad de los distintos estamentos, sino de la actividad de las personas hasta en el más mínimo detalle; en los tratados de policía de los siglos XVII y XVIII, establecen expresamente que el objeto de la policía es casi infinito.

Decir que hay una limitación de hecho de la práctica gubernamental querrá decir que el gobierno que desconozca esa limitación será simplemente un gobierno, insistamos, no ilegítimo, no usurpados, sino torpe, inadaptado, un gobierno que no hace lo que conviene.» Foucault, Michel. *Nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007: 26.

²³⁵ «Especificidad y pluralidad del Estado. Por otra parte trate de mostrarles que esa especificidad plural del Estado se había encarnado en una serie de maneras precisas de gobernar y, a la vez, en instituciones correlativas a ellas. Primero, por el lado económico, estaba el mercantilismo, vale decir, una forma de gobierno. El mercantilismo no es una doctrina económica, es mucho más y muy distinto de una doctrina económica. Es una organización determinada de la producción y los circuitos comerciales de acuerdo con el principio de que, en primer lugar, el Estado debe enriquecerse mediante la acumulación monetaria; segundo, debe fortalecerse por el crecimiento de la población; y tercero, debe estar y mantenerse en una situación de competencia permanente con las potencias extranjeras. Hasta aquí el mercantilismo. De acuerdo con la razón de Estado, la segunda manera de que el gobierno se organice y cobre cuerpo en una práctica es la gestión interna, es decir, lo que en la época se denominaba policía, la reglamentación indefinida del país según el modelo de una organización urbana apretada. Tercero y último, constitución de un ejército permanente y de una diplomacia permanente. Organización, si se quiere, de un aparato diplomático militar permanente, cuyo objetivo es mantener la pluralidad de los Estados al margen de cualquier absorción imperial, y hacerlo de tal manera que entre ellos pueda alcanzarse cierto equilibrio. Sin que, en definitiva, sean viables las unificaciones de tipo imperial a través de Europa.

Entonces, mercantilismo por un lado, Estado de policía por otro, balanza europea: todo esto constituyó el cuerpo concreto de este nuevo arte de gobernar que se ajustaba al principio de la razón de Estado. Son tres maneras –solidarias entre sí, además- [de] gobernar de acuerdo con una racionalidad cuyo principio y ámbito de aplicación es el Estado. Y en ese aspecto traté de mostrar que el Estado, lejos de ser una suerte de dato histórico natural que se desarrolla por su propio dinamismo como un «monstruo frío» cuya simiente habría sido lanzada en un momento dado en la historia y que poco a poco la roería –el Estado no es eso, no es un monstruo frío-. Es el correlato de una manera determinada de gobernar. Y el problema consiste en saber cómo se desarrolla esa manera de gobernar, cuál es su historia, cómo conquista, cómo se encoge, cómo se extiende a tal o cual dominio, cómo inventa, forma, desarrolla nuevas prácticas: ése es el problema, y no hacer de [Estado], sobre el escenario de un guñol, una especie de gendarme que venga a aporrear a los diferentes personajes de la historia.» Foucault, Michel. *Nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007: 20-21.

²³⁶ «... el gobernante del Estado debe, claro, respetar una serie de principios y reglas que se sitúan por encima del Estado o lo dominan y son exteriores a él. Ese gobernante debe respetar las leyes divinas, morales y naturales, y otras tantas leyes que no son homogéneas ni intrínsecas al Estado...» Foucault, Michel. *Nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007: 20.

Es decir que, en cuanto poder independiente frente a los otros poderes, quién gobierna según la razón de Estado tiene objetivos limitados. En cambio, cuando debe manejar un poder público que regula el comportamiento de los sujetos, el objetivo de quien gobierna es ilimitado. La competencia entre Estados es la bisagra entre esos objetivos limitados e ilimitados, pues justamente para poder entrar en competencia con los otros Estados, es decir, para mantenerse en una situación de equilibrio siempre desequilibrada, en un equilibrio competitivo con los demás Estados, el que gobierna va [a tener que reglamentar la vida de] sus súbditos, su actividad económica, su producción, el precio [al cual] van a vender las mercancías, el precio al cual van a comprarlas, etc. [...]. La limitación del objetivo internacional del gobierno según la razón de Estado, la limitación en las relaciones internacionales, tiene por correlato la ilimitación en el ejercicio del Estado de policía.²³⁷

Los derechos sociales, económicos y culturales –enunciados por la Carta de las Naciones Unidas– surgen como una prolongación de los derechos primeros; lo que no significa, necesariamente, que provienen de la misma inspiración. Esta redefinición del significado de los «derechos humanos» ha transformado, según Claude Lefort, la misión del Estado; en principio, el Estado debía de velar por el bienestar de los ciudadanos, ahora se ha reducido a la gestión de las necesidades, por lo que debe asegurar el acceso a los diversos mercados de los bienes materiales y simbólicos²³⁸.

En principio, el Estado liberal se erigió como guardián de las libertades civiles; pero, en la práctica, aseguró la protección de los intereses dominantes con una constancia sólo sacudida por la prolongada lucha de las masas movilizadas hacia la conquista de derechos. Ni la resistencia a la opresión, ni la libertad de opinión, de expresión o movimiento, mencionadas por las grandes declaraciones, eran reconocidas antaño como sagradas por la mayoría de los llamados liberales cuando se trataba de los pobres y perjudicaban a las empresas de los ricos, o a la estabilidad de un orden político fundado sobre el poder de las élites, es decir, de aquellos que, como se decía en Francia hasta mediados del siglo XIX, estaban en posesión de «honos, riquezas e inteligencia».²³⁹

En los últimos tiempos, se ha impuesto una epistemología acrítica que ha *naturalizado* el Derecho penal. La reducción su legitimación externa a la mera coherencia interna, implica una nueva racionalidad punitiva. Los principios que orientaban a la «*New Penalogy*», expuestos en Cincinnati en 1870, no permanecieron intactos desde su fundación; fueron dejando atrás, paulatinamente, las influencias del protestantismo religioso y la filantropía progresista. También conocida como «*penal welfare complex*», partía del supuesto de la rehabilitación del

²³⁷ Foucault, Michel. *Nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007: 22-23.

²³⁸ Cfr. Lefort, Claude. *La incertidumbre democrática. Ensayo sobre lo político*. Barcelona: Anthropos, 2004: 131-132.

²³⁹ Lefort, Claude. *La incertidumbre democrática. Ensayo sobre lo político*. Barcelona: Anthropos, 2004: 133

criminal –íntimamente vinculada con el ideal del progresismo norteamericano-. Se distinguió por su discurso y práctica correlacionista –rasgo fundamental de la modernidad penal en Occidente-. Su tendencia a constreñirse al ámbito de los expertos, legitimó el tratamiento y el castigo de los «delincuentes» de manera exclusivamente científica; aunque rompió tajantemente con algunas de las tendencias del positivismo criminológico –presentes durante el régimen nazi-, abandonando algunas de las propuestas científicas más radicales como la eugenesia y la incapacitación, privilegiando la rehabilitación.

En muy poco tiempo, poco más de un siglo de su nacimiento, las penas reformadoras fueron relegadas a una posición marginal en el sistema de justicia criminal y se afirmó un nuevo paradigma que sostenía que los fines rehabilitadores eran insustentables, ya que sus programas eran poco confiables. Los cuestionamientos del paradigma rehabilitador giraban en torno a la relación de un supuesto aumento del índice delictivo y el fracaso de la reforma individual, la benevolencia injustificada con el delincuente y la discreción judicial y administrativa de las penas –necesarias para conseguirlo-. El nuevo pensamiento penal –identificado con el ala conservadora- proponía desplazar el foco de atención del condenado a las víctimas, reclamando penas mayores y de cumplimiento certero.²⁴⁰

La gran recesión de 1973 y la consecuente crisis fiscal introdujeron grandes cambios en la actitud de los ciudadanos norteamericanos y británicos respecto al «*Welfare State*» y sus principios. El ascenso de Margaret Thatcher en el Reino Unido en 1979 y Ronald Reagan en los Estados Unidos en 1981 significó un duro viraje en la política; alejándose de los principios del «*Welfare*» y del Estado intervencionista, reemplazó la política fiscal y la política penal por considerarlas de *blandas*, costosas e ineficientes, además suponían una ruptura en la ley y el orden. En su labor de gobierno, impusieron importantes recortes en el gasto público y en las prestaciones sociales; entronizaron al mercado como principal agente regulador de la economía nacional y establecieron una política hostil frente a los cambios producidos en la década de los sesenta en las leyes y las convenciones sobre la conducta sexual, la familia y las creencias religiosas.

En mediados de la década de los setenta, a la par de la redefinición de los valores del liberalismo y de la crisis del Estado de bienestar, surgió una crisis de la criminología dominante que motivó a evaluar la inversión de recursos en el campo penal. Las nuevas expresiones académicas tomaron distancia con las teorías causales que consideraban al delito un producto de la privación biológica o social y de la patología²⁴¹.

²⁴⁰ «Con pocas y aisladas excepciones, los esfuerzos rehabilitadores que han sido reportados hasta aquí, no han tenido un efecto apreciable en la reiteración delictiva» Zysman Quirós, Diego. «La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona.» En *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, de Iñaki Rivera Beiras y Roberto Bergalli, 255-286. Barcelona: Anthropos, 2005.: 258

²⁴¹ «Tanto las teorías del *labeling* como las expresiones de cuño marxistas, reinterpretaban la conducta delictiva como un comportamiento racional, una forma expresiva e incluso reivindicativa de una posición política; una conducta catalogada como desviada por el efecto de las relaciones de poder... Incluso más. Trabajos como los de

Así, se desarrollaron dos corrientes político-criminales antagónicas –apartadas de los debates teóricos sostenidos por anarquistas, liberales y marxistas, que a esas alturas se consideraban idealistas-: el Realismo de Derechas y, como respuesta, el Realismo de Izquierdas. El realismo de Derechas, identificado con el conservadurismo, ponderaban «la ley y el orden» como valor fundamental; se caracterizan por la emergencia del pensamiento *tradicional* frente al castigo penal, el orden social y las instituciones establecidas, la protección a la víctima y a la sociedad, el desprecio a los delincuentes –necesariamente ligados a las clases bajas, y la concentración en los delitos callejeros violentos –robo, hurto, asalto-.

Una de las características más importantes es el respaldo que han recibido de los centros de investigación y las universidades norteamericanas, como la de Harvard. James Q. Wilson –de la Universidad de Harvard- y Ernest van der Haag –de la Universidad de Fordham-, los catedráticos más destacados de esta corriente, hicieron una apología de la eugenesia social y la represión, justificando la necesidad de reforzar la pena de muerte y volver a las penas fijas y severas –particularmente las incapacitadoras-.²⁴²

Retoman el discurso del siglo XVIII y XIX, desacreditado por un siglo por los programas rehabilitadores, a mediados de los ochenta y resultaba sorprendente. A mediados de la década de los setenta, el Presidente Gerald Ford afirmaba que el delito florecía por las deficiencias del sistema de justicia criminal que, debido al tratamiento rehabilitados, era demasiado indulgente con los delincuentes²⁴³. Un año antes, Ronald Reagan descartaba que la criminalidad se tratara de un problema de distribución de los ingresos sino:

El principal problema es un sistema de justicia criminal que parece haber perdido mucha de su capacidad para determinar la verdad, perseguir y castigar al culpable y proteger la sociedad²⁴⁴

La noción rehabilitadora, empeñada en curar sus carencias, era asumida como que los delincuentes podían ser beneficiados en vez de concentrarse en imponer el castigo que merecían; por ese motivo, el favorecido volvía a cometer delitos. La reincidencia mostraba la falla de los programas rehabilitadores, que perdían así su justificación. Las críticas recurrían al cliché: «*crime not pay*» –«el delito no debe ser rentable». El discurso se centraba en que la justicia prefería beneficiar al delincuente que prevenir la victimización de los ciudadanos:

David Matza, Howard Becker y Edwing Lemert se detuvieron particularmente en el estudio de los llamados «delitos sin víctimas» para resaltarlos como construcciones sociales, instadas por procesos de control. Esta es la visión a la que algunos autores identifica cuando señalan que dichas corrientes adoptaron una mirada que tornó en simpatía, o especial aprecio, la actitud intelectual frente a los desviados y los delincuentes.» Zysman Quirós, Diego. «La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona.» En *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, de Iñaki Rivera Beiras y Roberto Bergalli, 255-286. Barcelona: Anthropos, 2005: 256-257.

²⁴² Cfr. *Ibíd.*: 262.

²⁴³ Cfr. *Ibíd.*: 261.

²⁴⁴ *Ibidem*.

Por demasiado tiempo, la ley ha centrado su atención e los derechos del delincuente defendido, no en la víctima o potencial víctima del delito. Es tiempo de que la ley se preocupe más de los derechos de la gente para cuya protección ella existe...

La emergencia de la recuperación de la víctima constituyó una especie de «suma cero», en la cual reconocer su papel significaba aumentar la dureza del sistema penal con los delincuentes. Margaret Thatcher, tras su elección, encabeza una campaña para reintroducir en la legislación la pena de muerte y otras formas de «mano dura», mientras varios miembros de su partido critican la levedad de los castigos en las prisiones británicas.

Los estudios de inteligencia y estructura social se orientaron en este sentido; el coeficiente intelectual se consideró una variable explicativa de la desigualdad social y de la predisposición al delito.

La democracia liberal supondría minimizar las penalidades impuestas y crear una sociedad tolerante a la diversidad y a la diferencia; por el contrario, ha emergido lo que Jock Young denomina como la «criminología de la intolerancia», una política intensiva que ha impuesto un crecimiento del sistema penal, ocupándose principalmente de las personas marginalizadas²⁴⁵. El realismo político de la Derecha hizo una apología de la eugenesia social y la represión, reivindicando la necesidad de las penas fijas y severas e, incluso, la pena de muerte. Los índices delictivos eran altos por que las posibilidades de ser detenido, condenado y castigado se habían vuelto muy bajas, es decir, por la ineficiencia de los tribunales, la policía y las cárceles y, en general, de los burócratas que administraban el aparato de justicia penal; por ello se debía considerar la implementación de medidas intimidatorias para los delincuentes peligrosos y reiterantes. Las propuestas contra el delito de los realistas van desde arrancar a los jóvenes maltados del seno familiar, ampliar las facultades de detener a los sospechosos y requisarlos, contratar más policías y construir más cárceles, restringir el uso de las garantías penales, alterar los jurados para evitar veredictos absolutorios y fomentar la pena de muerte.

Como crítica a las prácticas rehabilitadoras, surgió el «*Justice Model*» —«Modelo de Justicia»; impulsados por los juristas defensores del justo proceso, se consolidó rápidamente en el discurso gubernamental de los Estados Unidos y del Reino Unido. Se le consideró como un retorno de los valores de la Ilustración al amparo de nuevas experiencias e influencias teóricas.²⁴⁶ Calificó al modelo correccional como *teóricamente errado, sistemáticamente discriminatorio e inconsistente con los más básicos conceptos de justicia*; el poder punitivo del sistema de justicia criminal se había convertido en una herramienta para reprimir a los afroamericanos, los pobres, los jóvenes y las minorías culturales; el modelo correccionalista individualizado servía para enmascarar el uso discriminatorio del poder discrecional del Estado a través de un discurso

²⁴⁵ *Ibíd.*: 265.

²⁴⁶ *Cfr. Ibíd.*: 266.

paternalista²⁴⁷. Aunque sus propuestas de reforma no fueron demasiado precisas, tuvieron gran impacto internacional –particularmente en el mundo anglosajón–, instalándose en las agendas políticas: la necesidad de la justificación general del castigo y la determinación y la cuantificación de la pena. El «*Justice Model*» proponía establecer penas determinadas fundadas en el principio de proporcionalidad entre el castigo y el delito, la rehabilitación sería una opción de carácter voluntario y el afianzamiento del debido proceso legal. Estos debates abrieron la puerta al sistema de encarcelamiento masivo aplicado en los estados Unidos y en el Reino Unido en la década de los ochenta, ya que se rescataron los elementos más punitivos de la propuesta original.

En los últimos años, en los Estados Unidos han proliferado las políticas penales inspiradas en el slogan: «*three strikes and you're out*» –«al tercer *strike* estás fuera»–; se pretende asegurar que los delincuentes habituales reciban la sentencia más alta posible; la prisión de por vida, sin la posibilidad de una reducción o de libertad condicional. La primera ley federal que seguía estos lineamientos fue aprobada en 1994, en un momento donde casi la tercera parte de los votantes estadounidenses consideraban que el delito era el problema más importante; el endurecimiento de la política penal fue discutido en todas las esferas, incluso en los *talk shows*. Para 1997, veinticuatro estados de la unión americana habían sancionado leyes que referían a la frase de «*three strikes*»; la gran mayoría de los estados contemplaba delitos violentos como homicidio, violación, robo e incendio intencional; pero en algunas entidades como Indiana, Louisiana, California, carolina del sur y Washington incluyeron delitos no violentos relacionados con drogas, malversaciones y cohecho. A pesar de la velocidad con la que se han extendido este tipo de leyes, no han tenido el impacto deseado; salvo en California, no generaron condenas masivas. Pese a que las legislaciones inspiradas en los «*three strikes*» no han tenido impacto deseado en el sistema de justicia criminal y de seguridad pública, se han convertido en un símbolo de la severidad del nuevo modelo penitenciario, donde se puede condenar de por vida por robar una porción de pizza²⁴⁸.

El Derecho penal del enemigo en la democracia

La noción de derecho está ligada a la división, intercambio, cantidad. Tiene algo de comercial. De por sí evoca el juicio, la arenga. El derecho no se sostiene más que con el tono de reivindicación; y cuando se adopta este tono, la fuerza no está alejada, está inmediatamente atrás, para confirmarlo; si no, sería ridículo... El derecho es por naturaleza dependiente de la fuerza

²⁴⁷ Cfr. *Ibíd.*: 266-267.

²⁴⁸ Cfr. *Ibíd.*: 270-271.

La administración de la justicia, a decir de Weber, es un desarrollo propio de Occidente, pues, a partir del Derecho romano, fue posible la eliminación de influencias personales en la adjudicación del derecho. La lógica de producción moderna exigía una sistematización de la fuerza coactiva para crear un modelo legal rápido y seguro; destituyendo, al mismo tiempo, otras instancias creadoras de Derecho.

Señala Weber que los procesos de racionalización del derecho y la economía tuvieron, uno sobre otro, influencias recíprocas. La creación de una comunidad de mercado basada en la libre contratación dio una complejidad creciente a los conflictos de intereses, para cuya solución debió crearse un Derecho formalmente racional y calculable... Reflexivamente, fue necesaria también la institución de un nuevo tipo de asociación política y la generación de reglas económicas también predecibles. Así, en reiteradas oportunidades demuestra Weber que las cualidades del Derecho fueron determinadas por factores de técnica jurídica interna y factores políticos; estos, a su vez, reaccionaron sobre la estructura de la economía.²⁴⁹

El Derecho penal se caracteriza por ser una de las estructuras más autoritarias de los sistemas de control social –en particular, del ordenamiento jurídico-, en parte se debe al rol primordial que juega la violencia en su ámbito –desapariciones, homicidios, robos, violaciones- y en la forma en que pretende solucionar los conflictos –cárcel, inhabilitaciones, pena de muerte-.²⁵⁰

Frente al poder punitivo del Estado, los derechos humanos fundamentales deberían fungir como una garantía, pero sus alcances han quedado en entredicho porque, entre otras razones, en años recientes ha surgido una corriente del Derecho penal *más autoritaria de lo normal*: el «Derecho penal del enemigo»; y con ello se ha roto esa *barrera infranqueable* que constituían los derechos humanos. El Derecho penal del enemigo, como tendencia expansiva, permite una flexibilización de los principios y garantías jurídico-penales liberales del estado de Derecho;a

²⁴⁹ Amaral Machado, Bruno. «Weber y la racionalidad del control punitivo contemporáneo.» En *Mitologías y discursos sobre el castigo*, de Iñaki Rivera Bieras, 147-166. Barcelona: Anthropos-Observatorio del deñ Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona, 2004: 153.

²⁵⁰ «La interpretación legal [del juez] tiene lugar en un campo de dolor y muerte. Esto es verdad en varios sentidos. Los actos de interpretación legal señalan y ocasional la imposición de violencia sobre otros: un juez articula su entendimiento de un texto y, como resultado, alguien pierde su libertad, su propiedad, sus hijos, hasta su vida. Las interpretaciones del derecho también constituyen justificaciones para la violencia que ya ha ocurrido o que está a punto de ocurrir. Cuando los interpretes han culminado su trabajo, frecuentemente dejan detrás víctimas cuyas vidas han sido destrozadas por estas prácticas organizadas de la violencia. Ni la interpretación legal ni la violencia que ella ocasiona pueden ser entendidas correctamente separadas una de la otra...» Cover, Robert. *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Barcelona: Gedisa, 2002: 113-114.

pesar de su rechazo casi unánime como teoría dogmática²⁵¹, debe reconocerse que subsiste una diferenciación de los asociales en el *corpus legal* respecto al Derecho penar ordinario.²⁵²

De manera muy difusa, el concepto «*Feindstrafrecht*» –«Derecho penal del enemigo»- fue introducido en 1985, por un catedrático de Derecho penal de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs. En un Congreso celebrado en Berlín a finales de 1999, Jakobs aseveró que los Estados democráticos debían admitir la posibilidad de instaurar un «*Feindstrafrecht*» –«Derecho penal del enemigo»-; sostenía que para mantener la «seguridad cognitiva» era necesario limitar o excluir algunos principios dogmáticos, característicos del estado de derecho.²⁵³ Uno de los más importantes juristas alemanes, Albin Eser, el entonces Director del *Max Plank Instut Für ausländische und internationale Strafrecht* de Freiburg, afirmó en su discurso de clausura que la tesis de Jakobs era similar a la del estado de no-derecho impuesto durante el régimen nacionalsocialista:

Esta «frialdad» que se deduce de la concepción reducida a la lesión normativa asusta aún más, cuando se contraponen el frente constituido por Jakobs entre un «Derecho penal del ciudadano» respetuoso con el Estado de Derecho y un «Derecho penal del enemigo» emanado del poder estatal. Enemigos como «no personas», es una consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del Estado de Derecho, cualesquiera que sean los criterios que se utilicen para determinar quién es «ciudadano» y quién «enemigo». ¿Quién puede decir realmente quien es el buen ciudadano o el mayor enemigo? ¿El que por razones políticas y creyéndose que actúa por el bien común comete un delito contra el Estado y contra la libertad de otro, o el que socava la base económica del Estado aprovechando cualquier posibilidad de defraudar impuestos, cometer delito fiscal o un fraude de subvenciones? Una cosa es proponer sistemas jurídicos, por muy coherentes que pueden ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se puedan derivar –y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica-.²⁵⁴

Eser puso en cuestión uno de los temas más delicados del pasado reciente de Alemania: el nacionalsocialismo –y la implementación de las construcciones jurídicas más aberrantes de uno de sus penalistas más destacados de la historia, Edmund Mezger²⁵⁵-. Mezger, siguiendo las

²⁵¹ «A la vista de estas reales experiencias, pues, no debe parecer nada extraño que la carga emocional que conlleva la etiqueta de «enemigo» predisponga ya a un rechazo de un Derecho penal del enemigo en sociedades que, como es el caso de las actuales sociedades occidentales, se configuran, al menos en un sentido formal, como democráticamente estructuradas y que están vertebradas por los valores de la libertad, de la tolerancia y de la igualdad.» *Ibíd.*: 141.

²⁵² Cfr. Gracia Martín, Luis. «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo»» *Nuevo Foro Penal*, nº 69 (2006): 138-139.

²⁵³ Cfr. Muñoz Conde, Francisco. *Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo*. México: UBIJUS, 2010: 9.

²⁵⁴ *Ibíd.*: 15-16.

²⁵⁵ «... en cuyo Tratado –dice Eser- aprendí de buena fe Derecho penal a mediados de los años cincuenta, ignorando entonces su capacidad de adaptación dogmática...» *Ibíd.*: 16.

exigencias de los cambios políticos de la época, no sólo había puesto el principio de legalidad al más alto nivel, para después degradarlo a un segundo plano durante el III Reich y más tarde colocarlo nuevamente en la cúspide del Derecho; sino también colaboró abiertamente en la construcción de la Ley de tratamiento de los «*Gemeinschaftsfremde*» –«Extraños de la Comunidad»- en el régimen nazi, preámbulo necesario para la operación de los campos de exterminio.

En esta ley se disponía que los «*Gemeinschaftsfremde*» –«enemigos de la comunidad»-debían ser internados en un campo de concentración por un tiempo indefinido; además podían ser esterilizados para evitar una herencia indeseable. También contemplaba la castración para los delincuentes sexuales –incluyendo en esta categoría a los homosexuales-. Y, si la «defensa de la sociedad» lo exigía, se podía decretar una pena de muerte sin más garantías ni límites que la decisión de la Policía nacionalsocialista.

Para no entrar en contradicción con los principios dogmáticos que había sostenido en obras previos, en particular con su Tratado de Derecho penal²⁵⁶, propuso la existencia de dos, o más, esferas del Derecho penal: uno para el ciudadano normal, con todas las garantías de la Dogmática jurídico-penal convencional; y otro para los «extraños o enemigos de la comunidad», para los que establecía su eliminación sin más miramientos que la mera decisión de la aparato policiaco del régimen nazi.²⁵⁷

La amenaza de implementar un «Derecho penal del enemigo», implica la latencia de un Estado autoritario, carente de salvaguardas que garanticen el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos. La postura de Jakobs frente al «*Gemeinschaftsfremde*» es, en principio, descriptiva; pero considera que por más desagradable que sea su existencia, es una necesidad innegable de las sociedades democráticas, ante la imposibilidad de crear una «jurisdicción total», proceder contra los «enemigos del Estado» con instrumentos eficaces que se encuentren fuera de los límites impuestos por el estado de derecho –aunque eso implique no respetar los derechos fundamentales-.²⁵⁸ Podría decirse que el planteamiento de Jakobs es meramente teórico, por lo cual no podrían achacarle las posibles consecuencias que pudiera tener su implementación en el mundo real; pero cualquier tesis que legitime un ejercicio ilimitado del poder punitivo del Estado, potencialmente niega el estado de derecho, abriendo la posibilidad de un Estado totalitario.

Y de ello tenemos ejemplos claro en la Historia reciente de Alemania con el nacionalsocialismo, en la Italia con el fascismo, en la España con la dictadura de Franco, en la antigua Unión Soviética y en otros países de Europa durante el régimen de las dictaduras comunistas, pero también actualmente en otros muchos países, y especialmente en las atrocidades cometidas en los campos de detención

²⁵⁶ Cfr, Mezger, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. II vols. Madrid: Revista de derecho privado, 1946.

²⁵⁷ Cfr. *Ibíd.*: 18-19.

²⁵⁸ Cfr. *Ibíd.*, 21.

creados por el Gobierno USA tras el atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001, tras la invasión de Afganistán e Irak, en Abu Chraig y Guantánamo, por sólo citar los casos más conocidos de abusos y violaciones de derechos humanos cometidos por la Administración y el Ejército de aquél país al amparo de la legislación de emergencia (Acta Patriótica) creada a raíz de aquel atentado.²⁵⁹

La tesis de Jakobs no llega tan lejos como los planteamientos y las propuestas de Mezger; se limita a describir al «Derecho penal del enemigo» como una realidad inevitable que, a su juicio, es necesario establecer un Programa o Declaración del «enemigo» –que no define, sino lo describe vagamente como miembros de organizaciones criminales, narcotraficantes, terroristas, delincuentes sexuales y reincidentes-, a los que cataloga como «*Unpersonen*» –«no-personas»- que se encuentran clara y permanentemente fuera del ordenamiento jurídico y, por ese motivo, se les debe privar de los derechos que les concede dicho ordenamiento a las «personas». Así, establece ciertas directrices que deben seguir las políticas de seguridad:

- Aumentar las penas, más allá de la noción de proporcionalidad –aplicando, incluso, «penas draconianas».
- Abolir, o reducir a un mínimo, las garantías procesales del imputado –incluyendo el derecho al debido proceso-.
- Criminalizar conductas que no suponen un verdadero peligro a los bienes jurídicos, dando pie a la intervención del Derecho penal aún antes que la conducta llegue a la ejecución de un delito.²⁶⁰

Con estas medidas, se abre la puerta a un Derecho penal ilimitado, en el que es posible criminalizar la disidencia o las expresiones a favor de ideas extremistas, con penas más allá de la idea de proporcionalidad, la utilización de medios de prueba ilegales –como la tortura- y la restricción de los derechos procesales del imputado.

Contrario a lo que pudiese pensarse, el «Derecho penal del enemigo» no es una invención jurídica de Jakobs; en la misma Alemania –y no sólo durante el Tercer Reich- surgieron tesis análogas, o con el mismo significado jurídico, aunque con distintos nombres y matices. A juicio de Thomas Vormbaum, muchas de las construcciones jurídicas empleadas por el régimen nacionalsocialista fueron la radicalización, llevada hasta sus últimas consecuencias, de planteamiento de diversa procedencia ideológica que habían sido elaborados antes de la Alemania nazi –incluso fueron aplicados en otros países-.²⁶¹

Así, por ejemplo, precedentes de la selección racista llevada a cabo por los nazis se encuentran en las ideas evolucionistas del darwinismo social, en las teorías lombrosianas del «delincuente nato», en las propuesta eugenésicas de Galton, en

²⁵⁹ *Ibíd.*: 24-25.

²⁶⁰ *Cfr. Ibíd.*: 20.

²⁶¹ *Cfr. Ibíd.*: 26.

las leyes de emigración norteamericanas de principios del siglo XX, en las esterilizaciones coactivas de enfermos mentales y de portadores de enfermedades hereditarias en los países escandinavos y en algunos estados de Estados Unidos de América, etc.²⁶²

Desde finales del siglo XIX, en Alemania surgen planteamientos similares a los de Jakobs; las tesis de Franz von Liszt, Karl Binding y Edmund Mezger, aunque proceden de distintas épocas y regímenes políticos, pueden entenderse como los antecedentes inmediatos del «Derecho penal del enemigo». Los tres autores, al igual que Jakobs, estaban preocupados por la Dogmática jurídico-penal, es decir, por una concepción del Derecho penal teórico-sistémica que parte del Derecho penal positivo para fundamentar categorías que constituyen la responsabilidad penal: la tipicidad y anti-juricidad del hecho y la culpabilidad del autor. La dogmática penal alemana destaca como la técnica sistematizadora del Derecho penal mejor elaborada entre las que actualmente existen; su perduración de más de un siglo y su implementación en muchos países demuestra la solidez de sus bases metodológicas y su utilidad para interpretar el Derecho penal de cualquier país. Aun así, la Dogmática representa un obstáculo para enfrentarse a ciertos problemas sociales y formas de criminalidad particularmente amenazantes del orden social, por lo cual, bajo determinadas circunstancias debía ser sacrificada en pos del orden.

Franz von Liszt, jurista de origen austriaco –aunque la mayor parte de su carrera académica la realizó en universidades alemanas-, afirmó que el Derecho penal debía erigirse como una barrera infranqueable ante la política criminal, debía establecer límites claros e inexpugnables a cualquier propuesta que buscara acabar con la delincuencia a cualquier precio –incluso, prescindiendo de los principios básicos del Derecho-. Consciente de que estos principios resultaban un obstáculo para combatir la reincidencia del delito, propuso un tratamiento distinto a estos «incorregibles», comenzando por declararlos como los enemigos principales del orden social.²⁶³ A su juicio, las personas que por su forma de vida que pudieran considerarse un peligro para el orden social, se les debía aplicar un proceso de «*Unschädlichmachung*» –«inocuidación»-:

La prisión perpetua o, en su caso, de duración indeterminada, en campos de trabajo, en «servidumbre penal», con estricta obligación de trabajar y con el máximo aprovechamiento posible de su fuerza de trabajo sin excluir como pena disciplinaria la pena de azotes y con la consiguiente pérdida de los derechos civiles... para mostrar el carácter deshonroso de la pena. El aislamiento individual cómo operaría como sanción disciplinaria en celda oscura y en estricto ayuno...

²⁶² *Ibíd.*: 26.

²⁶³ « El eslabón, ciertamente más importante y peligroso, de esa cadena de patologías sociales, que solemos denominar con el nombre genérico de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos géneros, alcohólicos, maleantes y gente de submundo en el sentido amplio, degenerados anímica y corporalmente. Todos ellos constituyen el ejército de enemigos principales del orden social, entre los que los delincuentes habituales constituyen el Estado mayor.» *Ibíd.*: 29.

El trabajo forzado con disciplina militar, con el menos gasto posible, hasta que esos granujas se hundan. Indispensable la pena de azotes. La inocuización debe llevarse a cabo a su costa y no a la nuestra. Alimentarlos, darles aire y movimiento conforme a los principios racionales, es un abuso del dinero de los contribuyentes...

Si no queremos decapitarlos, ni podemos deportarlos, o nos queda sino encerrarlos de por vida o por tiempo indeterminado²⁶⁴

La clasificación de von Liszt de delincuentes en ocasionales, corregibles e incorregibles, supone la existencia de distintas esferas del Derecho penal, cada una corresponde a una forma diferenciada de política criminal: una limitada por principios jurídicos respetuosos de los derechos individuales, y otra de lucha y exterminio contra aquellos que representan un peligro para el orden social.

Estableciendo un criterio donde la pena corresponde a la «peligrosidad», se produce una esfera extraordinaria donde la situación que priva para los denominados como los «incorregibles», el Derecho penal no sería la barrera infranqueable ante la política criminal, sino el vehículo a través del cual se concretaría la «inocuización» de grupos socialmente marginados concebidos como los «enemigos principales del orden social».

Ahora bien, a finales del siglo XIX surgió la «*Schulenkampf*» —«lucha de escuelas»—, que dividió a los penalistas alemanes de entre quienes pugnaban por una pena orientada a la prevención —la Escuela moderna encabezada por von Liszt- y quienes entendían la pena como retribución —la Escuela clásica encabezada por Karl Binding-; a pesar de las distintas posturas, no hubo discordancia respecto al tratamiento de los reincidentes, ambas corrientes propugnaban por el mismo trato a los reincidentes: «inocuización,» es decir, prisión perpetua e, incluso, pena de muerte.

Aunque la propuesta de von Liszt fue ampliamente criticada por Karl Binding, gran penalista y catedrático alemán de su época, porque era incoherente en sus presupuestos metodológicos. Binding rechazaba la «pena de seguridad» fundada en la pura peligrosidad, debido a que contravenía la concepción de la pena fundada en la retribución de la culpabilidad²⁶⁵-, Von Liszt afirmaba la compatibilidad en el trasfondo de ambos planteamientos teóricos, resultaba irrelevante si se le denominaba pena o medida, ambas partes compartían la simpatía por las medidas draconianas con el fin de atajar la peligrosidad a la «ralea criminal».²⁶⁶

²⁶⁴ *Ibíd.*: 30-31.

²⁶⁵ «La pena es otra cosa, algo más alto y más noble. Lo que hay que hacer es configurarla de un modo más contundente contra la reincidencia criminal y utilizarla como forma de inocuización de la «ralea criminal», agravándola incluso si hiciera falta, en caso de reincidencia, hasta la prisión perpetua o la pena de muerte...» *Ibíd.*: 33-34.

²⁶⁶ «En esto no hay que darle importancia al nombre que se le dé a la criatura: Esta es precisamente la parte amable en el procedimiento de nuestros contrincantes, que se quedan contentos, cuando se mantienen los viejos nombres

Se podría asumir que la reincidencia amerita mayor culpabilidad, y por tanto se cumple el principio de retribución de la culpabilidad que sostenía Binding, dando coherencia a su propuesta; pero la aplicación de la prisión a perpetuidad o la pena de muerte pudieran ser desproporcionadas ante delitos menores como el hurto.

A diferencia de von Liszt, Binding diferenciaba entre los seres imputables –por tanto los que pueden ser declarados culpables- y los que no lo son –como los enfermos mentales-; pero cuando se trataba a de detener a los «reincidentes», partiendo de una visión pragmática, suponía que por su peligrosidad podría aplicarse medidas policiales, incluso, aun cuando se tratase de seres no-imputables: Siguiendo esta lógica, se entiende su propuesta: eutanásica el exterminio de los «seres desprovistos de valor vital », aquejadas de enfermedades mentales incurables o en estados de inconsciencia permanente.²⁶⁷ El planteamiento de Binding supone una contradicción en relación con su concepción retributiva de la pena, ya que esta concepción de la norma meramente pragmática supedita la vida a los intereses estatales e, incluso, económicos.

Si las propuestas de «inocuidación» y la de exterminio físico aparecieron a finales del siglo XIX, en uno de los momentos de máximo esplendor económico, científico y tecnológico de Alemania, la situación de la política criminal se recrudeció en el *interbellum* con las condiciones precarias impuestas por el Tratado de Versalles que provocaron una crisis económica y social de grandes dimensiones.

Gustav Radbruch, penalista y filósofo del Derecho –discípulo de von Liszt-, en su puesto de Ministro de Justicia durante la República de Weimar, elaboró un Proyecto de Código Penal, en la que introdujo la figura de la «*Sicherungverwahrung*» –«Custodia de Seguridad»-, una medida que permitía imponer una pena a los delincuentes *habituales* y *profesionales* tras cumplir su condena, la privación de la libertad se prolongaba por tiempo indefinido, independientemente que hubieran cumplido su pena de prisión que se les hubiera impuesto.

Un penalista como Radbruch, que pugnaba por una pena fundada en el principio de culpabilidad, admitía que ante la crisis económica y social, causada por las duras sanciones impuestas a Alemania en el Tratado de Versalles, y ante el creciente desempleo y el aumento de la criminalidad, se encontraba en una disyuntiva: ser coherente con sus principios de la pena como sanción proporcionada a la gravedad de la falta y adecuada a la culpabilidad del autor o establecer una política criminal contundente contra los delincuentes habituales como lo exigía el gobierno del que formaba parte.

venerables. En el «castigo» de los delincuentes habituales no puede sobrepasarse «el equilibrio entre culpabilidad y expiación»; pero contra unas «medidas de seguridad» perpetuas o de larga duración, aplicadas tras el cumplimiento de la pena, nada tienen que objetar nuestros contrincantes. La Justicia «retributiva» no permite, dicen, dos años de prisión a vagabundos incorregibles, pero si estarían de acuerdo con nosotros en aplicarles el mucho más grave internamiento en una casa de trabajo por cinco años. Llamémosle, pues, medida de seguridad o casa de trabajo; tomemos lo que podemos aceptar...» *Ibíd.*: 34.

²⁶⁷ Cfr. *Ibíd.*, p. 37.

El Proyecto de Radbruch no llegó a convertirse en ley, pero a principios de 1933, con la llegada de los nacionalsocialistas, se retomaron las propuestas más reaccionarias elaboradas por von Liszt y Radbruch –partiendo de posturas ideológicas diametralmente opuestas-. Desde el primer momento, el III Reich aprobó una ley sobre la delincuencia habitual, en la que se convirtió en Derecho vigente el internamiento en custodia de seguridad por tiempo indeterminado a los delincuentes habituales, incluso en los delitos menos graves. A la par se instituyeron los campos de concentración en los se internaban no sólo a los disidentes del régimen nazi, también a los delincuentes habituales y a los marginados sociales: prostitutas, mendigos, alcohólicos, drogodependientes, etc. Las razias policiales se llevaron a cabo desde los principio del régimen nacionalsocialista.

Al mismo tiempo se creó una Ley para la prevención de enfermedades hereditarias, que imponía la esterilización obligatoria a los portadores de las mismas, y empezaron las medidas de depuración racial, con objeto de eliminar de la función pública a los judíos, que culminaron en las Leyes de Nuremberg, que además de la exclusión de la ciudadanía y la privación de otros derechos a los alemanes de origen judío, creó el delito de «ultraje a la raza» («Rassenschande») para castigar las relaciones sexuales entre judíos y personas de raza aria.²⁶⁸

En plena Segunda Guerra Mundial, al final III Reich, se elaboró el «*Entwurf eines Gesetzes für die Behandlung der Gemeinschaftsfremde*» –«Proyecto de Ley para el tratamiento de los Extraños de la Comunidad», con la colaboración destacada del penalista Edmund Mezger y el criminólogo Franz Exner. Dentro de la categoría de «extraños de la comunidad» se incluían a personas tan distintas como vagos, mendigos, delincuentes con inclinación a cometer delitos patrimoniales de escasa gravedad, asociales, pendencieros, delincuentes con tendencia a cometer delitos graves, pero también delincuentes sexuales –entre ellos se incluía a los homosexuales-.

En virtud de la Ley, los «*Gemeinschaftsfremde*» –«extraños de la comunidad»-, si lo requería la «defensa de la comunidad del pueblo», debían ser recluidos en campos de trabajo por un tiempo indefinido y, en ciertos casos, tenían que ser esterilizados para evitar una herencia indeseable; además, se proponía la castración como medida de seguridad contra los delincuentes sexuales y mientras la pena de muerte para los delincuentes con tendencias a cometer delitos graves.²⁶⁹

Mezger justificó estas medidas en la escisión del Derecho penal en dos esferas: una que respondiera la generalidad, donde permanecerían vigentes los principios dogmáticos del Derecho que han regido hasta ahora, y un Derecho penal diferenciado para grupos especiales como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Una vez hecha la inclusión de un grupo en la esfera del Derecho excepcional, las normas se aplicarían sin límites ni controles. La separación de dos Derechos penales supone la aparición de un «nuevo Orden», en el que los

²⁶⁸ *Ibíd.*: 41.

²⁶⁹ *Cfr. Ibíd.*: 42.

grupos especiales, «extraños o enemigos de la comunidad» como los denominaba Mezger, se les entregaba a la Policía –sin ningún tipo de garantía jurídica, procedimiento o control judicial, para ser reclusos en campos de concentración por un tiempo indeterminado, allí, se les esterilizaba, se les castraba o se les mataba.²⁷⁰

Paralelamente a la construcción del Derecho penal especial destinado a la «*Unschädlichmachung*» – «inocuidación», en palabras de von Liszt- y «*Ausmerzung*» –«exterminio» o «liquidación» en términos de Mezger- de los que consideraban «enemigos de la sociedad»; Carl Schmitt, en el ámbito de la filosofía del Derecho y la teoría política, proponía la distinción entre «*Freunde*» – «amigo» y «*Feinde*» –«enemigo»- como fundamento de la política, dándole a cada uno un tratamiento jurídico diferenciado. Schmitt planteó la posibilidad de establecer dos ámbitos diferenciados del Derecho a partir de la exclusión jurídica del «enemigo», en palabras de Mezger, de aquellos que no pertenecían a la «*Volksgemeinschaft*» –«comunidad del pueblo»-, incluyendo a aquellos considerados por el Reich como «*Untermenschen*» –«subhumanos»-, refiriéndose, particularmente, a los judíos. En plena época nazi, Schmitt organizó un Congreso para eliminar la influencia judía del pensamiento jurídico alemán; calificó a los judíos como «parásitos culturales» que se habían introducido en la Ciencia jurídica alemana aprovechándose de sus logros para su propio beneficio; por tal motivo, propuso, entre otras cosas, que fueran excluidos de la comunidad académica y que sus obras no fuera citadas en la bibliografía –pero si alguna vez fuera indispensable hacerlo se debía poner entre paréntesis la letra J (de judío) tras el nombre del autor, como advertencia del origen de la idea-.²⁷¹

Esto se hacía en el momento en que por la aplicación de la Ley de la depuración racial de la función pública muchos funcionarios y profesores universitarios habían sido expulsados de sus puestos desde 1933, y se preparaban las Leyes de Nuremberg de 1935 en las que se excluía a los judíos de la ciudadanía alemana y, por consecuencia, de los derechos civiles, además se castigaba como delito –«ultraje a la raza»- las relaciones entre una persona judía y una de raza aria-. El siguiente paso del Derecho especial contra de los enemigos fue la «eliminación física»; se les recluía en campos de concentración, en un régimen de trabajos forzados, bajo el lema «*Arbeits macht frei*» –«El trabajo os hará libres»-; más tarde fueron diseñados los campos de exterminio, como Auschwitz y Birkenau, en los que directamente se procedía a su eliminación mediante el gaseamiento y, posteriormente, la cremación de los cadáveres de los internos que habían sido declarados «no-aptos para el aprovechamiento de su fuerza de trabajo».

A la vista de las consecuencias trágicas de las construcciones jurídicas fundamentadas en estos planteamientos teóricos –el exterminio de millones de seres humanos durante la Segunda Guerra Mundial en los países ocupados por el régimen nazi-, no es extraño que cualquier planteamiento que se asemeje –cuando menos en el nombre, «Derecho penal del enemigo»- produzca una alarma:

²⁷⁰ Cfr. *Ibid.*: 43-45.

²⁷¹ Cfr. *Ibid.*: 45.

Desde luego, cualesquiera que sean las relaciones y las similitudes más o menos estrechas que existan entre las tesis de Jakobs y las construcciones teóricas que se han señalado..., no cabe duda que éstas gravitan como una pesada loza; sobre todo si se tiene en cuenta que el moderno Estado de Derecho y las Declaraciones internacionales en pro del reconocimiento de los Derechos humanos a nivel internacional, surgen precisamente como reacción frente a los actos de barbarie que, directa o indirectamente legitimados por tales construcciones teóricas, se cometieron bajo el dominio de los Estado totalitarios, y no sólo en Alemania durante el régimen nazi, sino en otros muchos países de Europa y del mundo.²⁷²

Resulta imperativo entender si las corrientes del Derecho –como el «Derecho penal del enemigo»- que han emergido en años recientes contravienen el estado de derecho, además, si son compatibles con los Derechos humanos reconocidos por las Convenciones internacionales y las Constituciones de los Estados democráticos. Tradicionalmente las Dictaduras han utilizado el Derecho para criminalizar a la oposición, aboliendo o restringiendo los derechos fundamentales, torturando y asesinando a los adversarios político; pero el «Derecho penal del enemigo» ha sido utilizado por un Estado ordenado bajo los principios del estado de derecho, lo cual pone en duda la capacidad del estado de derecho para defender sus propias instituciones fundamentales. La novedad del planteamiento de Jakobs radica en la posibilidad de admitir como legítima la necesidad de imponer un «Derecho penal del enemigo» en una sociedad democrática.

Toda sociedad tiene, según Jakobs, derecho a mantener su identidad y un mínimo de seguridad que él llama «seguridad cognitiva», y para ello, dice, es inevitable que se utilice otra clase de Derecho penal, en casos de grave peligro para esa identidad y seguridad proveniente de sujetos que en comportamiento, en su ocupación profesional o principalmente a través de una organización... De una forma duradera han abandonado el derecho, no garantizando, por tanto, el mínimo de seguridad cognitiva a través de su comportamiento.

Los delitos que expresan enemistan –delitos sexuales, delincuencia organizada, terrorismo, narcotráfico y la reincidencia-, de acuerdo a lo que Jakobs ha llamado «realismo político», refieren a un amplio espectro de delitos; abarcan innumerables formas de criminalidad, sin ser, necesariamente, las más graves. Esta vaguedad del concepto es la que puede permitir la inclusión de todo lo que cuestione los parámetros de seguridad determinados en un momento dado, ya que no existen parámetros que determinen sus límites jurídicos.

Hay, sin duda, muchas formas de reacción a la criminalidad más grave que están en los límites de lo admisible en un Estado de Derecho. Sucede esto en legislaciones relacionadas con la lucha contra el terrorismo, criminalidad organizada, narcotráfico. En esta materia frecuentemente los Tribunales de Justicia al más alto

²⁷² *Ibíd.*: 47-48.

nivel, nacional e internacional, tienen que enfrentarse con casos en los que se han aplicado leyes y procedimientos difícilmente compatibles con los principios del Estado de Derecho y con el respeto a los derechos humanos, como, por ejemplo, las leyes y sentencias en base a leyes que criminalizan la mera disidencia o el ejercicio de la libertad de expresión, que admiten como pruebas datos obtenidos por procedimientos ilegales, como escuchas telefónicas sin los requisitos exigidos para el respeto a la intimidad, por tortura y malos tratos...²⁷³

Los planteamientos de Jakobs recuerdan que, tal como lo describe, construcciones jurídicas similares al «Derecho penal del enemigo» no son privativas de una determinada corriente ideológica o sistema político; la tendencia de este Derecho *sui generis*, fuera de los parámetros del estado de derecho, representa una amenaza generalizada, ya que los límites son difusos y la Dogmática jurídica más sofisticada puede correr a la par, e incluso sirve para legitimar la barbarie.

Jakobs cita como antecedentes filosóficos de su teoría a autores como Fichte, Hobbes y Kant

Tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, Estados Unidos –el país con mayor poderío militar en el mundo- ha desencadenado una guerra abierta contra todos los que, a su consideración, ponen en peligro su «seguridad». En esta nueva guerra no se solicitó a la ONU autorización previa para declararla, ni se han respetado las garantías mínimas que dispone la Convención de Ginebra respecto al traslado y custodia de los prisioneros de guerra; además, se han utilizado armas prohibidas con gran poder de destrucción.

Pero incluso admitiendo el carácter puramente belicista de ese Derecho penal del enemigo, como una especie de Derecho penal de guerra o en guerra, en el que vale todo con tal de ganarla, hay que señalar que también aquí rigen (o deberían de regir) una serie de principios que van desde la exigencia de que la guerra sea justa y no de agresión hasta la necesidad que se respete a la población civil y que los soldados prisioneros del ejército enemigo sean tratados como personas, respetando los derechos consagrados en los convenios de Ginebra de 1949, que constituyen la esencia del llamado Derecho humanitario. Precisamente por no respetar estos derechos, la Jurisprudencia, incluso la de la Corte Suprema americana, ha considerado que el trato dispensado a los detenidos de la Base naval de Guantánamo en Cuba, viola derechos fundamentales reconocidos tanto en la

²⁷³ *Ibíd.*: 52.

Constitución americana, como en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por los Estados Unidos de América.²⁷⁴

La reaparición de los campos de concentración en plena democracia

«Hay quien dice que la historia no da a nadie derecho a emitir un juicio sobre el guardián. Cualquiera que sea la opinión que nos merezca, es un servidor de la ley, o sea que pertenece a la ley y escapa al juicio humano. Tampoco hay que creer que el guardián está subordinado al hombre. Cumplir un servicio que le ate a uno a la ley, aunque sólo se a la puerta de la ley, es algo incomparablemente superior a vivir libre en el mundo. El hombre de campo no hace más que llegar a la ley, el guardián ya está en ella. Ha sido llamado por la ley a cumplir un servicio; dudar de su dignidad equivaldría a dudar de la ley»

Franz Kafka, *El proceso*

En la década de los setenta se comenzó a gestar una transformación radical, el punto de quiebre de los «treinta años gloriosos» de la reconstrucción de la posguerra, el pacto social del *Welfare* y el «optimismo desarrollista». Por la cercanía temporal ha sido prácticamente imposible comprender las implicaciones de la más reciente «gran transformación»; por lo tanto, toda conclusión al respecto debe considerarse parcial y provisional. En este sentido, surge la necesidad de crear una nueva red conceptual que dé cuenta de las realidades emergentes.

Occidente –Europa y sus antiguos dominios, se ha caracterizado en las últimas décadas por la adición al miedo y la obsesión a la seguridad; lo cual parecería contradictorio, ya que –en opinión de Robert Castel– nos encontramos en una de las sociedades más *seguras* que jamás hayan existido²⁷⁵; contra toda «evidencia objetiva», la sensación incertidumbre ha convertido a los miembros de la sociedad en fácil presa del pánico, de ahí nace su pasión por todo lo relacionado con la protección y la seguridad. Uno de los aspectos más acentuados de la transformación ha sido el paso de un modelo de comunidad inclusiva –el «Estado social»– o un modelo excluyente –el «Estado de control del crimen»–. Ha tenido lugar una redefinición de la misión del Estado, se retrae del ámbito económico –asevera la necesidad de reducir su función social– para ampliar su intervención penal; el cambio paradigmático, en pocas palabras, se

²⁷⁴ *Ibíd.*: 54-55.

²⁷⁵ Cfr. Bauman, Zygmunt. *Archipiélago de excepciones*. Madrid: Katz Editores, 2008: 10-11.

resume en el abandono del énfasis del bienestar social y la concentración de esfuerzos en torno a la modalidad de «justicia criminal».

El modelo penal, además de adquirir prominencia, se ha vuelto más punitivo, más expresivo, más preocupado por la seguridad... El modelo del bienestar social, además de haber quedado más acallado, se ha vuelto más condicional, más centrado en las infracciones, más preocupado por los riesgos... Actualmente, los infractores... ya no tienden a ser representados en el discurso oficial como ciudadanos afectados por una privación de origen social y necesitados de apoyo, sino como individuos culpables, indignos y, en cierto modo, peligroso.²⁷⁶

Ulf Hedetoft, desde una perspectiva distinta –pero dando cuenta del mismo conflicto-, sostiene que se han trazado fronteras más rígidas entre «Nosotros» y «Ellos»; además de hacerse más selectivas, y de asumir formas más diversas y difusas, las fronteras se han convertido en «membranas asimétricas» que permiten la salida e impiden, al mismo tiempo, la entrada de elementos no deseados provenientes del otro lado.²⁷⁷ A la par de que han aumentado las medidas de control en las fronteras nacionales, los procedimientos de expedición de visados se han vuelto más rigurosos en los países de emigración; la diversificación de los controles fronterizos –que ahora se llevan a cabo, además de los lugares convencionales, en aeropuertos, embajadas, centros de asilo y en el espacio virtual- dan cuenta de la colaboración creciente entre las autoridades migratorias y la policía.

Tony Blair, primer ministro británico, le sugirió a Ruud Lubbers, alto comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, la instalación de «refugios seguros» que se ubicaran *cerca de los lugares de origen* de los potenciales solicitantes de asilo, a una distancia prudente de Gran Bretaña; así, se podría evitar a aquellos que utilizaban el sistema de asilo político como ruta de entrada a los países ricos. La nueva política de inmigración y asilo de Gran Bretaña se caracteriza por la imposición de frenos a los inmigrantes sin suficientes « puntos fuertes » respecto a su formación profesional y a su experiencia en los que el país padece un déficit:

La inmigración por trabajo, la inmigración por estudio, es buena... Lo que está mal es que ese sistema no esté adecuadamente vigilado y acaben viniendo personas que se convierten en una carga para la sociedad, y eso es lo que pretendemos eliminar... Así, instauraremos un sistema... que preste atención a las aptitudes, los talentos y las habilidades de las personas que quieren venir a trabajar en este país, y que garantice que, cuando lleguen aquí, tendrán un empleo y podrán contribuir a la economía del país²⁷⁸

²⁷⁶ *Ibíd.*: 13-14.
²⁷⁷ *Cfr. Ibíd.*: 14-15.
²⁷⁸ *Ibíd.*: 16-17.

Al parecer, esta política está dirigida exclusivamente a los extranjeros que pretenden entrar a la Gran Bretaña; pero las declaraciones del primer ministro carecerían de lógica si no tuvieran resonancia en el «público en general», en particular, respecto al tema de los «infraclass»²⁷⁹, los perceptores de ayudas sociales, es decir, aquellas personas que no sólo poseen derechos sociales, sino que los hacen efectivos. Los principios de «exclusión externa» son prácticas que emanan de los principios de «exclusión interna»; los derechos sociales se ofrecen de manera selectiva, quienes lo otorgan deciden si su decisión es acorde a sus propios intereses y no por la condición humana de sus destinatarios. En este sentido, el derecho soberano del Estado a la excepción ha sido reafirmado.

La «saturación» del planeta de la modernización gestionada por el capital –en el sentido de que los mercados financieros, de mercancías y de trabajo y, por consiguiente, el modo de vida moderno alcanzaron todo el orbe- causó el bloqueo de las válvulas de escape que, en otros tiempos, permitían que los enclaves modernos experimentara un proceso contante de *drenaje* de la población excedente y prescindible –que la modernidad ha producido en escala creciente-, librándose de quienes eran marginados por el mercado laboral. El modo de vida moderno dejó de ser un privilegio de unos cuantos países; desaparecieron las «tierras de nadie» que habían servido durante siglos como vía de salida para los seres humanos residuales.²⁸⁰ Como consecuencia del doble conflicto de la expansión global –el bloqueo de las vías de escape y la inexistencia de nuevos conductos de evacuación-, las opciones tradicionales ya no resultan realistas y, por lo tanto, las sociedades modernas han extremado las prácticas excluyentes contra sí mismas. Bajo las pautas *normales*, el exceso de la población que eludía el traslado más allá de los límites eran declaradas superfluas, pero en un momento serían asimiladas nuevamente en la categoría de los miembros *útiles* de la sociedad; el «estar afuera» era temporal, «quedarse afuera» era una anomalía que exigía un remedio. Todo esto cambió cuando se bloquearon las válvulas de salida; como la población «superflua» queda dentro, las líneas que separan la incapacitación pasajera del desecho irrecuperable tienden a ser equívocas. Un problema restringido a una parte de la población, se convirtió en una perspectiva potencial para todos.

La apertura a la libre circulación de capitales y mercancías hizo inviables la mayor parte de los negocios familiares y comunales que tuvieron la capacidad de absorber a los nuevos seres humanos que nacían. En el siglo XXI, se están enfrentando a la separación entre negocios y hogares por la que los países modernos pasaron cientos de años atrás; en su caso, la disponibilidad de «tierras vacías» mitigó las convulsiones sociales. En cambio, el conflicto se agudiza en aquellas partes del planeta que no se habían enfrentado al fenómeno de la

²⁷⁹ «la población autóctona «superflua», a la que recientemente se ha rebautizado sintomáticamente como la «infraclass» de los marginados sociales...» *Ibíd.*: 17.

²⁸⁰ «Aquellas válvulas de escape nica han estado disponibles para los «seres humanos superfluos» de los países que sólo en época reciente se han aupado al (o han caído bajo el) gigante de la modernidad, y que éstos producen actualmente en una escala masiva. Y en las sociedades llamadas «premodernas», ajenas al problema de ese desecho excedente, jamás ha habido necesidad de tales vías de salida.» *Ibíd.*: 20-21.

«población excedente», en un momento en el que el planeta está lleno; los países circundantes no están dispuestos a acoger su población superflua, este es un lujo que ya no está al alcance de los *recién llegados*.

A diferencia de los productores de desecho de antaño, que buscaron y encontraron soluciones *globales* a problemas que ellos mismos produjeron *localmente*, estos «miembros tardíos del club de la modernidad» se ven forzados a hallar una solución *local* a un problema de origen *global*, y con unas posibilidades exiguas – cuando no inexistentes- de éxito.²⁸¹

Los denominados «refugios seguros» por el primer ministro británico, campamentos *temporales* instalados cerca de sus países de origen, son un intento para que los problemas locales continúen siendo locales –a costa de agravar los problemas de los «excedentes de población» de los vecinos más próximos- y evitar que los «países en vías de desarrollo» sigan el ejemplo de los pioneros de la modernidad, buscando soluciones globales.²⁸² A pesar de los esfuerzos por controlar la «marea migratoria», las fronteras son porosas; actualmente, millones de emigrantes recorren las mismas rutas que en su tiempo transitó la «población excedente» de los países desarrollados, sólo que en sentido inverso –y sin la ayuda de los antiguos ejércitos de *conquistadores*.

Agier plantea la posibilidad de los trabajadores humanitarios representen un «agente de exclusión a un coste menor»,²⁸³ que están ayudando involuntariamente a los promotores de la «limpieza étnica», ya que se trata de un dispositivo para disipar la ansiedad, absolver la culpa del resto del mundo y calmar los escrúpulos del resto del mundo, inhiben la sensación de urgencia.²⁸⁴ En el instante que entran en los campamentos son despojados de todo elemento de identidad, menos del hecho de ser refugiados: sin un lugar, sin una función y «sin papeles».²⁸⁵

²⁸¹ *Ibíd.*: 26.

²⁸² «Conviene señalar asimismo que, aun cuando se niegue a participar de los esfuerzos relacionados con esa «gestión y reciclaje de residuos», el Occidente rico contribuye en gran medida a revitalizar la producción de ese desecho: no sólo de manera indirecta (desmantelando uno tras otro todos los mecanismos pensados originalmente para prevenir la generación de tales excedentes superfluos), sino también directamente, promoviendo guerras que se globalizan y desestabilizando a un número cada vez mayor de sociedades. En las vísperas de la invasión de Irak, se pidió a la OTAN que movilizara sus ejércitos para ayudar a Turquía a sellar su frontera iraquí ante la inminente ofensiva sobre ese país. Muchos estadistas de las naciones pertenecientes a la Alianza pusieron objeciones y plantearon numerosas e imaginativas reservas ante la medida, pero ninguno de ellos mencionó públicamente que el peligro del que Turquía supuestamente necesitaba protegerse era la entrada prevista de refugiados iraquíes recién desplazados de sus hogares por el conflicto bélico, y no el ataque del maltrecho y pulverizado ejército de Bagdad.» *Ibíd.*: 28-29.

²⁸³ *Cfr. Ibíd.*: 38.

²⁸⁴ «Tal vez se pueda curar la conciencia de culpabilidad ocasionada por el sufrimiento de esa otra parte maldita de la humanidad. Para conseguirlo, bastará con permitir que siga su curso un proceso que se encuentra ya en plena marcha como es la biosegregación, es decir, la creación y la fijación de unas identidades manchadas (por las guerras, la violencia, el éxodo, las enfermedades, la miseria y la desigualdad.) Los portadores de esa clase de estigma serían así mantenidos a distancia en virtud de su menor humanidad, es decir, por su deshumanización tanto física como moral.» *Ibíd.*: 38-39.

²⁸⁵ «Ser « un refugiado» significa perder los medios sobre los que descansa la existencia social, es decir, todo un conjunto de cosas y personas corrientes pero portadoras de significado: país, casa, pueblo, ciudad, padres,

Los refugiados son la encarnación del «residuo humano», carentes de una función «útil» que desempeñar en el país receptor, sin la intención ni la posibilidad de ser asimilados e incorporados. Se toman toda clase de medidas para asegurar su exclusión: se les deposita en un territorio sin denominación y se bloquea todos los caminos que los conduzcan nuevamente a lugares socialmente significativos.

La tensión entre las tendencias incluyentes y excluyentes está íntimamente ligada con la expansión global del modo de vida moderno y con la obsesión por la seguridad. Los procesos de construcción de orden y progreso acontecen hasta en el rincón más remoto del planeta, lo cual supondría que ha alcanzado un límite. Una de las consecuencias más cruentas de la globalización es la desregulación de la guerra. Entidades no-estatales –carentes de una legislación estatal o convención internacional que las regule- participan de las acciones bélicas; son causa y consecuencia de la redefinición de la soberanía estatal.

Las guerras y las masacres, así como la proliferación de «ejércitos guerrilleros» o de bandas de forajidos y traficantes de drogas disfrazados de luchadores por la libertad, ocupados de diezmarse mutuamente sin dejar de absorber y, a su vez, aniquilar los nuevos «excedentes de población» (formados, mayormente, por jóvenes, incapaces de encontrar empleo en sus países y sin perspectivas de futuro), constituyen una de esas retorcidas «soluciones locales a problemas globales» a las que los llegados tardíamente a la modernidad recurren o se ven obligados a recurrir. Cientos de miles de personas son expulsadas de sus hogares, asesinadas o forzadas a huir más allá de las fronteras de sus países de origen para salvar la vida. Es posible que la única industria pujante en los territorios de los miembros tardíos del club de la modernidad (ingeniosa y, con frecuencia, engañosamente denominados «países en vías de desarrollo») sea la *producción en masa de refugiados*.²⁸⁶

Los conflictos entre tribus explotan ante la ausencia del Estado, una vez iniciadas las hostilidades son inaplicables las leyes estatales y se anulan prácticamente por completo. La vida de los refugiados palestinos es el tránsito permanente, muchos de ellos no han conocido la vida fuera de los campamentos que improvisaron hace más de cincuenta años. Existen uno 900 000 refugiados por las masacres «inter-tribales» que han tenido lugar desde hace varias décadas en Etiopía y Eritrea repartidos en las regiones septentrionales de Sudán, un país pobre y devastado por los conflictos bélicos que han dejado de recibir ayuda humanitaria porque por decisión de la agencia de las Naciones Unidas dejaron de ser refugiados; se niegan a marcharse debido a que ya no creen que exista un hogar al cual *regresar*; la nueva tarea de los voluntarios humanitarios es *hacer que se vayan*.²⁸⁷ En el campo de Kassala se interrumpió el suministro del agua, después se trasladó a los habitantes fuera de los límites del campamento para que pudiera

posiciones, trabajos y otros puntos de referencia cotidianos Estas criaturas a la deriva y a la espera no tienen más que su «vida descarnada», y la continuación de ésta depende de la ayuda humanitaria...» *Ibíd.*: 37.

²⁸⁶ *Ibíd.*: 27-28.

²⁸⁷ *Cfr. Ibíd.*: 35-36.

ser desmantelado –y a nadie se le ocurriera volver.²⁸⁸ Aunque cientos de miles han desaparecido de los registros y las estadísticas de refugiados, no han conseguido escapar de la «tierra de nadie», ni han cambiado su *status* de «no-humanidad». A medida que avanza la globalización surgen nuevos campos, multiplicando el modelo que Tony Blair deseaba que implementara el Alto Comisionado para las Naciones Unidas para los Refugiados²⁸⁹. Ser refugiado es un *status* permanente, no existen caminos de regreso y las salidas del limbo legal apuntan a lugares peores; se carecen de perspectivas de futuro.

El conjunto de la población se encuentra en un espacio sin ley; incluso, la parte de la población que logra huir del campo de batalla se encuentra en una forma distinta de alegalidad: la «frontera global». Los refugiados carecen de Estado, no sólo están privados del respaldo de una autoridad estatal que los acoja bajo su protección, que reivindique sus derechos o que interceda por ellos ante los poderes soberanos; su *status*, dada la ausencia de un referente estatal, pertenece al «*bors du nomos*» –«fuera de la ley»,

... pero no fuera de esta ley o de aquella, ni la de este país o la de aquel otro, sino fuera de la ley como tal. Son unos parias y unos «fuera de la ley» de una nueva clase, producto de la globalización y, al mismo tiempo, epítome máximo y encarnación del espíritu de territorio fronterizo de ésta... han sido arrojados a una situación de «deriva liminar» que no saben ni pueden saber si es transitoria o permanente. Aunque se mantengan estacionarios durante un tiempo, se hallan embarcados en un viaje que nunca toca a su fin porque su destino (de llegada o de retorno) se muestra permanentemente confuso y la línea que podrían llamar «de meta» se mantiene eternamente inaccesible. Nunca se liberan de una lacerante sensación de fugacidad, ni de la naturaleza no definitiva y provisional de todo asentamiento.²⁹⁰

Lo novedoso de las nuevas políticas es que van dirigidas al interior, y no al exterior: la reducción de gastos, la construcción de vallas y alambradas –complementadas con cámaras de circuito cerrado, el despliegue de más agentes y guardias en los controles de migración y en las fronteras, el endurecimiento de las leyes de migración y naturalización, el internamiento de los refugiados en campamentos aislados y vigilados-; las medidas migratorias poco responden a

²⁸⁸ Cfr. *Ibíd.*: 36.

²⁸⁹ «Por poner un ejemplo, no parece haber indicio alguno de que los tres campos de Dabaab, en los que habita una población tan numerosa como la del resto de la provincia keniana de Garissa en la que fueron ubicados en 1991-1992, vayan a ser clausurados en un futuro inmediato, y, sin embargo, transcurrida más de una década desde su puesta en marcha inicial, continúan sin aparecer en el mapa del país, concebidos, como son, como unos elementos temporales pese a su evidente carácter permanente. Lo mismo sucede con los campos como el de Ilfo, puesto en marcha en septiembre de 1991, el de Dagahaley, que data de marzo de 1992, o el de Hagadera, abierto por primera vez en junio de 1992.» *Ibíd.*: 34.

²⁹⁰ *Ibíd.*: 32-33.

las causas del problema. La gestión del «desecho interno» recurre cada vez con más frecuencia a las medidas de emergencia.²⁹¹

David Blunkett, ministro del Interior británico, propuso presionar a los gobiernos de los países de origen de los «solicitantes de asilo no aprobados» para que los admitieran nuevamente, amenazándolos con retirar la ayuda económica los países que no lo hicieran; también, para acelerar el cambio, propuso crear una «fuerza europea rápida de operaciones conjuntas» y «grupo de trabajo de expertos nacionales» para evaluar los riesgos comunes y, así, detectar las debilidades en las fronteras exteriores de la Unión Europea para evitar la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos. La hostilidad de los países receptores –la negativa de conceder prestaciones estatales a los recién llegados, el recorte de la «protección humanitaria» y el endurecimiento de la política de deportaciones a refugiados «no deseados»- provocó la disminución de las peticiones de asilo –de 8 900 en octubre de 2002 a 3 600 en junio de 2003-; los gobiernos receptores han interpretado estos datos como el éxito innegable de una política de «tolerancia cero»²⁹² Naomi Klein advierte la tendencia, instaurada por la Unión Europea, por crear «bastiones regionales de varios niveles»:

Un continente fortaleza es un bloque de naciones que unen sus fuerzas para obtener términos comerciales favorables de otros países y, al mismo tiempo, patrullan sus fronteras externas comunes para impedir la entrada a la población de esos otros países. Pero si un continente se toma realmente en serio lo de convertirse en una fortaleza, también tiene que invitar a uno o dos países pobres para acogerlos dentro de los muros de ésta, ya que alguien tendrá que hacer los trabajos sucios y pesados.²⁹³

Loïc Wacquant sostiene que el cambio de actitud del Estado supondría una paradoja entre el sentido del orden y la libertad,²⁹⁴ pero la transición del reciclaje a la eliminación de la población residual corresponde a una misma lógica; la participación del Estado era indispensable para concretar este cambio.

Se desmanteló el seguro colectivo que resguardaba de los infortunios individuales; a principios del siglo XX, aquél seguro era una necesidad indispensable tanto para la izquierda como para la derecha; la «rehabilitación» -el retorno a la fuerza laboral- constituía una fase del ciclo productivo, por tanto, la categoría de «población residual» era una condición temporal. Pero el consenso en torno al seguro colectivo se rompió en el momento que las posibilidades de

²⁹¹ Cfr. *Ibíd.*: 25.

²⁹² «Y ciertamente «funcionan», aunque el Consejo de Refugiados británico ha señalado que «impedir simplemente la entrada de personas en el Reino Unido» difícilmente puede anunciarse como un «éxito», sobre todo si consideramos que «algunas de las personas pueden necesitar desesperadamente nuestra ayuda...» *Ibíd.*: 44-45.

²⁹³ *Ibíd.*: 53.

²⁹⁴ «Las mismas personas que antaño lucharon con evidente éxito por «reducir el Estado» para liberar el capital y liberalizar el uso de la fuerza laboral por parte de éste exigen hoy fervientemente «aumentar el Estado» para contener y ocultar las consecuencias sociales nocivas de la desregulación de las condiciones del empleo y deterioro de la protección social en las regiones inferiores del espacio social.» *Ibíd.*: 60-61.

reciclaje se consideraron inviables, porque no se podía dar cabida a todos los que caían –que se sumaban a los que no habían logrado levantarse-. A la par, con apoyo popular, se diseñaron políticas segregacionistas más estrictas, medidas de seguridad que evitar cualquier riesgo para el «funcionamiento normal» del sistema social; la separación del «residuo humano» del resto de la sociedad implicó la expulsión fuera de los límites en los que circunscribe la «vida normal», incluyendo del marco legal.

En cuanto el reciclaje dejó de ser rentable, sus probabilidades de éxito dejaron de ser realistas, por lo cual la preocupación se centra en tratar el desecho para acelerar su degradación, aislándolo de la «vida normal»²⁹⁵. Las prisiones, como tantas instituciones, han dejado atrás la fase de reciclaje y han emprendido el proceso de eliminación de residuos. En el anterior modelo social, servían como el último recurso del sector penitenciario; tras la transformación, el sistema penal se ha convertido en un contenedor, las cárceles son concebidas como la manera más explícita de los mecanismos de control y exclusión; se trata de una de las primeras herramientas utilizadas para el manejo de «desechos humanos».

La intención anterior de «rehabilitar», «reformular», «reeducar» y devolver las ovejas descarriadas al redil es hoy objeto, a lo sumo, de alguna que otra mención retórica que suele ser replicada de inmediato por un coro airado y deseoso de sangre dirigido por los principales tabloides y acompañado –en labores de cantantes solistas- por los políticos más destacados. La principal y, quizás, única finalidad explícita de las prisiones es la eliminación de los seres humanos residuales: una eliminación final y definitiva. Una vez desechados, son desechados para siempre. Para un ex presidiario en libertad condicional o vigilada, regresar a la sociedad es casi un imposible, pero el retorno a la prisión está casi garantizado. En lugar de facilitar y guiar el camino «de vuelta a la comunidad» para los presos que han cumplido su periodo de castigo, la función de los agentes que vigilan la libertad condicional es mantener a la comunidad a salvo de ese peligro perpetuo que anta temporalmente suelto. «Los intereses de los delincuentes convictos, en el caso de que lleguen a ser considerados de algún modo, son considerados como fundamentalmente opuestos a los de la población en general»²⁹⁶

La revitalización de los mecanismos de eliminación de residuos, ajustándose a las exigencias de un mundo globalizado, se ha concentrado en construir más prisiones, aumentar el número de delitos tipificados con la pena de cárcel, implantar una política de «tolerancia cero» y aprobar sentencias más duras. Este miedo emergente ha sido aprovechado para implementar novedosas fórmulas políticas; la incertidumbre económica ha sido relegada de la agenda política del

²⁹⁵ «El trabajo, las ayudas sociales y el apoyo familiar eran los medios por los que los ex presidiarios se reinsertaban en la sociedad. Al decaer esos recursos, el encarcelamiento se ha convertido en un destino a más largo plazo del que los individuos tienen pocas posibilidades de regresar a una libertad no supervisada... La prisión es utilizada hoy en día como una especie de reserva, un área de cuarentena en la que se segrega a los individuos supuestamente peligrosos en nombre de la seguridad pública.» *Ibíd.*: 66-67.

²⁹⁶ *Ibíd.*: 64-65.

Estado por batalla contra la «dependencia de las ayudas sociales»; los ciudadanos deben buscar por propia cuenta remedios individuales a la inseguridad existencial que padecen. Las formulas políticas, fáciles de ingerir, combinan el odio con el miedo; trazan un vínculo directo entre los terroristas y los refugiados: «Estamos ofreciendo una invitación abierta al terrorista para que viva de nuestras prestaciones sociales.»²⁹⁷ Esta extraña mezcla que equipara a los solicitantes de asilo con los terroristas y los criminales; no sólo abusan de las prestaciones sociales, sino que representan un riesgo para la sociedad receptora:

Este mar de humanidad está contaminado por el terrorismo y la enfermedad, y amenaza nuestro modo de vida... Blair debe decir *basta ahora*, revocar la ley sobre derechos humanos *ahora* y reducir a todos los ilegales *ahora* hasta que puedan ser investigados.²⁹⁸

Asociar a los terroristas con los solicitantes de asilo y los «inmigrantes económicos» es una generalización excesiva pero efectiva, lo que en otros tiempos despertaba la compasión humana, que do envilecido; la misma idea de «asilo» –otrora cuestión de orgullo cívico- ha sido catalogada como una forma de ingenuidad e irresponsabilidad. Los temores que han emergido recientemente han sido utilizados para construir una nueva forma de ejercer el poder a escala planetaria.²⁹⁹ El miedo impulsa a ejercer medidas defensivas que hacen tangibles los temores, saturando la vida cotidiana como si se tratara de un mecanismo *perpetuum mobile*, como si pudieran crecer alimentándose de sus propios recursos. El mundo se torna más *temible* con cada medida, desencadenando más acciones defensivas, es decir, aumenta la capacidad de propagación del miedo.

... lo verdaderamente crucial no es el miedo al peligro, sino el grado de expansión que este miedo puede adquirir, aquello en lo que se puede convertir... La vida social cambia cuando las personas viven parapetadas tras unos muros, contratan vigilantes, conducen vehículos blindados..., llevan *sprays* con gas para defensa personal y pistolas, y acuden a cursillos de artes marciales. El problema es que todas estas actividades reafirman y contribuyen a producir una sensación de desorden que perpetuamos con nuestros actos.³⁰⁰

Muchos de los riesgos que conlleva el terrorismo surgen de la estimación oficial de su amenaza³⁰¹; en una época donde las ideas han perdido su poder, el «enemigo fantasma» se convirtió en el recurso más importante del gobierno. El poder estatal ha recurrido a la «flexibilización» como remedio de la inseguridad; dadas las nulas esperanzas de establecer un fundamento colectivo para la seguridad existencial; se ha recurrido a la privatización los problemas, ante la ausencia de acciones solidarias se ha producido, paradójicamente, mayor

²⁹⁷ *Ibíd.*: 68.

²⁹⁸ *Ibíd.*: 71.

²⁹⁹ *Cfr. Ibíd.*: 84.

³⁰⁰ *Ibíd.*: 85.

³⁰¹ Bauman, Zygmunt. *Archipiélago de excepciones*. Op. Cit.: 99.

incertidumbre e impotencia. Las condiciones contradictorias del mercado laboran son la principal fuente de incertidumbre en torno al futuro y a la posición social; el «Estado social» se constituyó como respuesta frente a esa inseguridad. El «Estado social», uno de los logros más importantes de la democracia occidental, está en crisis; la legitimidad y la lealtad de sus ciudadanos se basaban en la promesa de proveer certidumbre y seguridad en sus vidas, lo cual implicaba defenderlos y asegurarlos de la exclusión, es decir, de la posibilidad de convertirse en «desechos humanos». En el contexto de la globalización, el Estado es incapaz de seguir cumpliendo la promesa; por el contrario, las políticas de Estado –cargadas de riesgos, que impulsa a políticas aún más arriesgadas- apuntan hacia la precarización de la vida.

Dadas las circunstancias no es de extrañar que se recurra a una distinta legitimación de la de la autoridad estatal: la protección de los ciudadanos ante los peligros que amenazan su *seguridad personal*. Ante la urgencia de hallar una nueva «formula de legitimación», y ante la incapacidad del Estado para contener los estragos del progreso económico –ahora en manos de fuerzas globales-, el discurso de la seguridad parece muy oportuno: instalar más aparatos de rayos X y cámaras de circuito cerrado para contener la amenaza de los terroristas y criminales.³⁰²

Los gobiernos nacionales –reducidos al ámbito local-han encontrado ámbitos en los que pueden imponer su soberanía Estados Unidos va a la vanguardia de la nueva fórmula de legitimación; por ello no es de extrañar que muchos gobiernos vean en su políticas un modelo a seguir. La repetición constante de las amenazas que acechan –la CIA y el FBI *advierten* casi a diario, cuando menos una vez a la semana, sobre los riesgos inminentes de asalto a la seguridad persona³⁰³- colocan a la protección individual en el foco de atención; los problemas de la educación, los servicios de salud, la infraestructura de transporte y la reducción de las prestaciones sociales quedan relegadas a un segundo plano en la agenda política.³⁰⁴ Esta estrategia ha sido recuperada por todos los gobiernos que han abandonado el modelo del «Estado social». Un poder estatal fuerte implica la vulnerabilidad de la seguridad personal y la relegación del desecho, en vez de la precariedad y la protección social –respaldada por el Estado-.

Bajo ciertas diferencias de opinión ostensibles y abiertamente airadas en cuanto a los modos de proceder, parece existir una auténtica «unión de pensamiento» entre los gobiernos que no se reduce únicamente a una coincidencia momentánea de intereses efímeros y que se trataría de un acuerdo no escrito, tácito, sobre una política de legitimación común entre los detentadores del poder estatal. Que algo

³⁰² «... el mundo tal como se ve por televisión, parece estar formado por unos «ciudadanos-oveja» protegidos de los «delincuentes-lobo» por unos «policías-perros pastores.» Ibid.: 94.

³⁰³ «Al mismo tiempo, el presidente de la nación no deja de recordar a su electorado que «bastaría con un solo vial, un simple bidón o un cajón de embalaje introducidos en este país para desatar una jornada de un horror que nunca antes hemos visto...» Ibid.: 81.

³⁰⁴ «... es una fantasía que ha sido exagerada y distorsionada por los políticos. Es un oscuro espejismo que se ha difundido entre los gobiernos de todo el mundo, los servicios de seguridad y los medios internacionales sin ser cuestionado en lo más mínimo.» Ibid.: 105.

así esté sucediendo lo demuestra el celo con el que el premier británico, observado con creciente interés por otros primeros ministros europeos, importa y se adhiere a novedades estadounidenses relacionadas con la producción de un «estado de emergencia», tales como recluir a los «extranjeros» (llamados eufemísticamente «solicitantes de asilo») en campamentos, dar prioridad absoluta a las «consideraciones de seguridad» sobre los derechos humanos, abolir o dejar en suspenso muchos de esos derechos que estaban en vigor desde los tiempos de la *Carta Magna* y el *Habeas Corpus*, implantar una política de «tolerancia cero» con respecto a los supuestos «delincuentes en ciernes», y reiterar asiduamente advertencias de que *unos* terroristas están preparados para atacar cpm caso total seguridad en *algún* lugar y en *algún* momento.³⁰⁵

En las últimas décadas, el quehacer gubernamental se ha caracterizado por ser una «gestión de la crisis», un conjunto de medidas de emergencia que reducen su visión de futuro no más allá de la siguiente elección; el Estado-nación ha sido relegado a la esfera de las «política de la vida», concentrando su poderío en las labores policiales. Este Estado, de funciones reducidas, es lo que se denomina «Estado de seguridad».³⁰⁶ La esfera de la seguridad ha sido redefinida, se ha desarticulado la certeza que anteriormente proporcionaban los andamios institucionales del Estado del bienestar y ha quedado un juego de fuerzas entre el mercado y el control político. El Estado social ha sido remplazado por un Estado promete defender a sus ciudadanos de los peligros que amenazan su seguridad personal³⁰⁷; por ello, no resulta nada extraño que se busque una legitimación alternativa de la autoridad estatal –y que represente beneficios distintos para los ciudadanos-.

George W. Bush fundamentó su campaña de reelección en la dureza de la «guerra contra el terrorismo»; así, también, el gobierno del «Nuevo Laborismo» adquirió estabilidad enfocando las ansiedades existenciales emanadas de los mercados laborales desregulados sobre los grupos de gitanos itinerantes y los inmigrantes sin techo. Aunque es posible rastrear la transición del nuevo principio de legitimación de este Estado securitario mucho antes del 11 de septiembre de 2001; la imagen del desplome de las Torres Gemelas –repetida durante meses- ha sido fundamental para la reconducción de las ansiedades populares hacia una nueva fórmula política: «mano dura» en la guerra contra el crimen, es decir, una legislación más severa e imaginativa para los delincuentes y los «extraños».

Las alertas de seguridad más espectaculares sobre el crecimiento de la criminalidad, acompañadas de medidas gubernamentales ostentosas –con un rápido aumento de la población

³⁰⁵ *Ibid.*: 82-83.

³⁰⁶ Cfr. Bauman, Zygmunt. *Archipiélago de excepciones*. Madrid: Katz Editores, 2008: 103.

³⁰⁷ «El espectro de degradación social contra el que el Estado social se comprometió a asegurar a sus ciudadanos es hoy remplazado por amenazas como la del pedófilo que vive en nuestro vecindario, el asesino en serie, el mendigo molesto, el atracador, el merodeador, el envenenador, el terrorista... o, mejor aún, la conjunción de todas esas amenazas en la figura de inmigrante ilegal, contra la que el Estado de la seguridad promete defender a sus súbditos.» *Ibid.*: 98.

reclusa-, es decir, la *sustitución del Estado social por un Estado-prisión*, surgió a finales de la década de los sesenta en países que contaban con los servicios sociales menos desarrollados –España, Grecia y Portugal- y en aquellos que se reducían las prestaciones estatales –Estados Unidos y Gran Bretaña.³⁰⁸ La atención particular que se le da a la delincuencia –los peligros que representan un riesgo a la integridad física de los ciudadanos y sus propiedades- no sólo está relacionada con la creciente «sensación de vulnerabilidad», también con la desregulación económica y la sustitución de la seguridad social por la individual.³⁰⁹

El Estado de bienestar, originalmente concebido como una herramienta para preparar a quienes habían caído en desgracia –guardando al resto de la sociedad del miedo de caer en desgracia-, fungía como una red de seguridad tendida sobre la comunidad en su conjunto –dotando de certezas para enfrentarse a la vida, de modo tal que cada vez fueran menos los que tuvieran que usarla, y quienes lo hicieran recurrieran a ella con menos frecuencia-. El Estado de bienestar no se concibió como caridad –el suministro de limosnas estatales-, sino como un derecho –de aseguramiento colectivo-.

Las cosas eran así –*podían* ser así- en aquella época en la que la *industria* proporcionaba trabajo, sustento y seguridad a la mayoría de la población. El Estado del bienestar debía llegar allí donde la industria no llegaba; debía correr con los costes marginales de la carrera del capital en busca de beneficio, debía preparar a la mano de obra que había quedado atrás para que pudiera volver a ser empleada, un esfuerzo que el propio capital no asumiría o no podría asumir. Hoy en día con un sector creciente de la población con nulas posibilidades de reincorporarse a la producción y, por consiguiente, carente de interés alguno, presente o futuro, para los que dirigen la economía, el «margen» ya no es marginal y el desplome del interés del capital hacia él hace que parezca aún menos marginal –más grande y más desagradable y molesto- de lo que es. Esta nueva perspectiva queda expresada en la siguiente frase: «¿Estado de bienestar? Ya no podemos permitirnoslo...»³¹⁰

Las dotaciones asistenciales pasaron de ser un derecho ciudadano a un estigma de los marginales³¹¹

³⁰⁸ Cfr. *Ibíd.*: 101.

³⁰⁹ «Ninguna investigación realizada hasta el año 2000 mostraba una correlación significativa entre la severidad de la política penal y el volumen de delitos, pero, sin embargo la mayoría de estudios sí habían encontrado una fuerte correlación negativa entre el «impulso encarcelador» por un lado, y «la proporción de prestaciones sociales independientes del mercado» y «la proporción sobre el PIB del presupuesto dedicado a tales prestaciones», por otro.» *Ibíd.*, 101-102.

³¹⁰ Bauman, Zygmunt. *La posmodernidad y sus descontentos*. Madrid: Akal, 2010: 51.

³¹¹ «Dirigidas a los que las necesitan, sujetas a inspecciones cada vez más estrictas y humillantes, vilipendiadas por construir una sangría sobre el dinero de los contribuyentes, asociadas en la opinión pública con el parasitismo, la negligencia censurable, la laxitud sexual y la toxicomanía, se convierten cada vez más en la versión contemporánea del precio del pecado; y un precio del pecado que no sólo no podemos permitirnos, sino para el que no existen razones morales en virtud de las cuales deberíamos intentarlo. Los pecados por los que se había previsto que el Estado del bienestar originalmente pagase eran los pecados de la economía capitalista y de la competencia de

Cabe preguntarse hasta qué punto los campos de refugiados no son laboratorios en los que se pone a prueba y se ensaya (inconscientemente, quizá, pero no menos enérgicamente por ello) el nuevo modelo «permanentemente efímero» de la vida moderna líquida.³¹²

mercado, de un capital que no podía mantener su solvencia sin acarrear enormes costes sociales en existencias destrozadas y vidas rotas; costes, que no obstante, se negaba a cubrir o que no podía cubrir sin verse amenazado de insolvencia. Por ese daño era por el que el Estado del bienestar prometía indemnizar a las víctimas del momento y contra el que prometía asegurar a las víctimas de futuro.» *Ibíd.*: 52.

³¹² *Ibíd.*: 49

Conclusiones

En un futuro cercano, existirá un método farmacológico para hacer que la gente ame su condición de siervos, y se produzcan dictaduras sin lágrimas, por así decirlo, una suerte de campo de concentración indoloro para sociedades enteras, en el cual las personas serán privadas de sus libertades, pero a pesar de ello serán felices.

Aldous Huxley, Tavistock Group, California Medical School, 1961

Como consecuencia de la desaparición del bloque soviético –y la persistencia de un único modelo de economía política-, las normas legales del Estado, paulatinamente, se han adecuado a las reglas del mercado, creando un sistema de relaciones sociales mucho más desequilibradas. La misión del Estado ha sido redefinida: mientras se retrae de la esfera económica –y reduce su función social- refuerza el control a través de su intervención punitiva. Las nuevas tecnologías y los desarrollos científicos representan potencialidades inéditas para el espionaje, el control social y político y, en pocas palabras, para el ejercicio del poder soberano, pues ahora ya no se busca moldear a los singulares sino modularlos.

Uno de los aspectos fatídicos de esta transformación es el abandono del «Estado de bienestar social», un modelo de comunidad inclusiva, para dar paso a un «Estado de justicia penal» que sigue una lógica excluyente. En la actualidad, la exclusión social es un fenómeno globalizado; no sólo acontece en las sociedades post-industriales, también en aquellas sociedades en «vías de desarrollo». La constante expansión del modo de vida moderno ha invalidado las opciones tradicionales para la gestión de los «seres humanos residuales», pues el orbe ha quedado sin los territorios *vacíos* que durante siglos sirvieron como depósitos para la población excedente.

En consecuencia, la línea que distinguía entre la «normalidad» y la «anormalidad» se ha vuelto equívoca debido al bloqueo de estas válvulas de escape, pues la población «superflua», en vez de ser expulsada, queda «adentro», conviviendo cotidianamente con la población «útil y legítima»; por esa razón, la «superfluidad» ya no consiste en un problema restringido a una parte separada de la sociedad, sino en una condición potencial generalizada.

Ante la ineficacia de las soluciones locales –para enfrentar los problemas producidos globalmente-, las sociedades ejercen contra sí mismas violentas prácticas excluyentes, las cuales absorben la «población superflua» y la eliminan –física y simbólicamente-. Ese es uno de los motivos por los que se han delineado políticas más rígidas, que sirven como «membranas asimétricas»: permiten la expulsión de las unidades no deseadas y, al mismo tiempo, impiden su ingreso. Las zonas fronterizas, en este sentido, se ha convertido en un tropo de nuestra época; no sólo se ha endurecido el régimen de expedición de visados en los países de emigración, también se han diversificado los controles migratorios, que ahora se llevan a cabo, además de los lugares convencionales, en aeropuertos, en embajadas y consulados, en centros de asilo, incluso, en el espacio virtual, lo cual ha acentuado la colaboración entre la policía y las autoridades de inmigración.

Junto con la consolidación de la democracia representativa como modelo hegemónico, tras la caída del muro de Berlín, es posible advertir una tendencia global a reforzar las políticas de seguridad estatal. Esta situación se torna preocupante si se toma en cuenta los novedosos recursos punitivos que se han implementado, aunque sin éxito, para garantizar el orden y la seguridad.

Estas nuevas políticas estatales buscan que los derechos sociales se distribuyan de manera selectiva –de acuerdo a los intereses de quienes otorgan los derechos-. Para la población

«superflua», los incesantes recortes presupuestales a las prestaciones públicas, característicos de los gobiernos neoliberales, han significado una privación del estado de Derecho: los «desechos humanos» han sido *abandonados* por la ley. Esta nueva clase de parias modernos se ubica «*bors du nomos*» –«fuera de la ley»-, en un sentido novedoso, pues al carecer de un referente estatal quedan fuera de la ley como tal, privados de cualquier derecho.

Los gobiernos elegidos democráticamente han convertido la promesa de seguridad en la piedra angular de su agenda; actuar con mano dura contra el delito –más cárceles, más policías, sentencias más largas-. El Estado del bienestar social ha sido sustituido por un modelo penal; mientras los programas sociales se han vuelto más condicionales, ha incrementado la preocupación preocupado por los riesgos. Tras la exacerbación del carácter punitivo en el discurso oficial, los infractores de la ley, en vez de ser representados como ciudadanos afectados por una privación de origen social, son concebidos como individuos culpables, indignos y, en cierto modo, peligrosos.

La legitimidad estatal se funda en la posibilidad de contener –en su doble acepción, como continente y como barrera- las amenazas a la seguridad personal –encarnadas por la conducta antisocial de las clases marginales y, en tiempos recientes, por el terrorismo global-, pues se ha convertido en la principal misión de todo poder político interesado por el bienestar de sus ciudadanos. El gobierno basado en el miedo y el securitarismo ha creado un sistema de controles que le permiten gestionar el desorden, retroalimentando permanentemente los dispositivos de seguridad. El *boom* de la penalidad no sólo ha significado un aumento en el gasto militar-policial, también frecuentes abusos, uso de la violencia e, incluso, tortura por parte de los agentes de la ley. La violencia estatal que sucedió tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, no es un hecho coyuntural, sino una expresión de las dimensiones características de un nuevo orden, cada vez más incierto.

En la década de los ochenta y noventa se ha caracterizado por la multiplicación de los controles «securitarios» y la reproducción continua del miedo, lo cual se ha agudizado tras los ataques terroristas del 11-S en Nueva York, el 11-M en Madrid y el 7-J en Londres. Este proceso también ha tenido gran impacto en el ámbito global: se esfumo la ilusión de la cooperación internacional a través de organizaciones internacionales, guiadas por leyes y principios democráticos.

Al mismo tiempo que celebraba una reunión en las Islas Azores, en marzo 2003, con el primer ministro del Reino Unido, Tony Blair, y con el presidente del Gobierno español, José María Aznar, para decidir la invasión a Irak, George W. Bush intentó convencer a la Unión Europea de unificar esfuerzo para *reconstruir* la Naciones Unidas, con el fin de que esta organización encabezara la campaña contra Sadam Hussein. Esta política militar-policial –aplicada en el nivel local como «tolerancia cero» y a escala global como «guerra preventiva»- ha cambiado el sentido de lo «político», pues ha dejado de ser la gestión pacífica y negociada de los conflictos y el desorden; en tanto, la diplomacia ha sido sustituida por las represalias –incluso armadas-;

muestra de este proceso es la coerción ejercida por el gobierno de los Estados Unidos en países extranjeros, para arrestar a personas reclamadas por la justicia federal.

La caída de las Torres Gemelas, más allá de las trágicas consecuencias –más de tres mil personas muertas-, desencadenó una violenta reacción, no sólo del gobierno de los Estados Unidos, también de la Unión Europea y otros países del orbe. La «Ley Patriótica» –«*Patriot Act*»- fue una indicación para los gobiernos *amigos* del camino a seguir, a fin de garantizar la seguridad nacional. España, por ejemplo, introdujo modificaciones a la Ley de Extranjería y en la Ley Orgánica General Penitenciaria; el sistema legal se volvió fuertemente represivo, afectando los derechos humanos, tanto de los inmigrantes como de los ciudadanos españoles que se encontraban bajo algún control penal, favoreciendo la estigmatización de grupos marginales.

Los musulmanes se han convertido en el enemigo simbólico de Occidente; ya que a un pequeño grupo militarizado, Al Qaeda –sin especial representación de la cultura islámica-, se le ha atribuido la responsabilidad de los atentados del 11 de septiembre de 2001. La criminalización de la inmigración islámica, al ser considerada como un problema de inseguridad, ha sido consecuencia de las nuevas políticas securitarias.

La política internacional norteamericana se fundamenta en el discurso de la seguridad nacional, ignorando las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, pues representan un contratiempo para el ejercicio de su soberanía. Las nuevas amenazas, argumentan los juristas que apoyan esta nueva estrategia, demandan nuevos instrumentos de seguridad –que ponderen el recurso *preventivo* de la violencia-. En el marco de la «guerra contra el terrorismo», el gobierno norteamericano ha autorizado a la CIA y al FBI una serie de prácticas violatorias de las Convenciones de Ginebra, incluyendo la tortura, una red de vigilancia ilegal sobre sus propios ciudadanos y la disposición de los funcionarios a violar los derechos civiles y constitucionales, con el fin de garantizar su seguridad nacional.

Tras el decreto de las «*military orders*» -que autoriza la detención indefinida (tanto en tiempo como en forma) de los no-ciudadanos norteamericanos sospechosos de actividades que pusieran en peligro la seguridad nacional de los Estados Unidos-, emitido por George W. Bush el 13 de noviembre de 2001, se ha impuesto una «guerra civil legal», ya no se trata con acusados o prisioneros, sino sujetos de una detención indefinida que deben ser procesados por comisiones militares, distintas a los tribunales militares. Los «*detainees*» son seres jurídicamente indefinibles, sustraídos de cualquier control jurídico, pues la «*military order*» cancela radicalmente todo estatuto jurídico.

Para evitar el escrutinio judicial sobre el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, violentadas por el Poder Ejecutivo fuera del territorio norteamericano, el gobierno norteamericano ha intentado imponer una concepción dualista de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho estatal. La postura hegemónica, que privilegia las leyes emanadas del Congreso sobre las obligaciones contraídas con la ONU, afirmando que no hay

una institución internacional competente para juzgar las decisiones de política exterior y de seguridad nacional, contraviene la tradición que considera los tratados como fuente de obligaciones jurídicas y a la Carta de las Naciones Unidas como fundamento exclusivo de la legitimación del uso de la fuerza.

Las medidas de respuesta ante la emergencia que representa el terrorismo global, se distinguen por su carácter excepcional, fuera del marco del estado de Derecho. Se ha roto tajantemente con la tradición contractual del «estado de Derecho», para reivindicar uno de los elementos centrales de la argumentación teórica de Carl Schmitt: el valor jurídico independiente de la «decisión». El Presidente de los Estados Unidos se asume como garante del orden y de la Ley y, por lo tanto, debe ser investido con prerrogativas excepcionales que vayan más allá de los límites de la ley.

El gobierno norteamericano instituyó una serie de políticas que le otorgan una mayor autonomía al poder Ejecutivo; durante la «guerra contra el terrorismo», las decisiones del Presidente no han estado sujetas a la legislación vigente, ni siquiera a la Constitución –mucho menos a los tratados internacionales-. So pretexto de garantizar la seguridad nacional, el uso de la fuerza no ha sido regulado por su sistema constitucional; así, las atribuciones del Presidente en la «guerra contra el terrorismo» no están limitadas por el Derecho internacional ni por los derechos constitucionales.

La seguridad siempre ha sido un concepto central en la construcción de las relaciones internacionales; pero la seguridad concebida en la Carta de las Naciones Unidas, como uno de sus ejes articuladores, se mantiene en estrecha relación con la paz, con límites impuestos por el Consejo. La seguridad en el nuevo orden acentúa la percepción de que se vive en una sociedad de alto riesgo, destacando su carácter *unilateral*.

La buenas intenciones de Barack Obama al tomar posesión, suspender los procedimientos de Guantánamo, el cese inmediato del uso de la violencia y el cierre en un plazo máximo de un año del campo de detención, no llegaron a concretarse; en parte, porque la violencia institucional desplegada en los centros de detención forman parte de una serie de novedosos principios que se han insertado en la dogmática jurídica, tal como el «Derecho penal del enemigo» –el cual busca contener las amenazas a la seguridad interna a través de la creación de un espacio de excepción, donde el estado de Derecho carezca de validez, para hacer más eficiente la labor policial. El «excepcionalismo» ha producido una inflación del control punitivo y las medidas de seguridad.

Sería un error pensar que el gobierno de George W. Bush es el único responsable de establecer esta lógica excepcional, pues se corre el riesgo de ignorar el hecho de que se ha convertido en el punto medular de los sistemas penales contemporáneos. La política norteamericana representa una continuidad de las tendencias excluyentes que se han manifestado desde hace más de dos décadas. El «estado de excepción» moderno –es decir, la idea de la suspensión de la constitución para dotar de plenos poderes al poder Ejecutivo- es una creación de la tradición

democrático-liberal, y no de la contrarrevolución o del absolutismo; a pesar de que el uso regular y sistemático de la institución conduciría necesariamente a la liquidación de la democracia.

El Derecho ha sido concebido como instrumento, que empleado *correctamente*, podría garantizar el orden necesario para que otros agentes de cambio operaran, es decir, se concibe como un vehículo del desarrollo y la modernización. El problema surge al pretender que el Estado es capaz de trascender la lógica autorreferente del Derecho occidental, para articular otras ideas de justicia que existen fuera de la esfera estatal. Para conservar esta lógica autorreferencial es necesario recurrir, tal como lo señala Benjamin, a una violencia conservadora de Derecho, pero también a una violencia fundadora, expresada a través del «estado de excepción» que permite la acción policial con amplias atribuciones para garantizar la conservación del orden en sentido jurídico.

En este sentido, el «estado de excepción» representa una aporía de la división de poderes, piedra angular de la teoría democrático-liberal y garante del estado de Derecho, pues establece una forma de soberanía estatal que si bien está sujeto a ordenamientos jurídicos, su labor no es meramente pasiva, como guardia que vigila su cumplimiento, sino activa, actuando por encima del Derecho para garantizar su continuidad. Por ello, Benjamin entiende que la policía, que reclama para sí amplias facultades en su actuar, significa una degeneración de la violencia, pues establece una violencia que recrudece contra los grupos marginales –desprovistos de todo Derecho-.

A pesar de que la dogmática jurídica presta poca atención a la «excepción», argumentando que se trata de una *quæstio facti* –y no un *quæstio iuris*-; Giorgio Agamben advierte que se trata de una estructura originaria que funda –en su doble acepción, da origen y fundamenta- al Derecho. El «estado de excepción» refiere a la respuesta estatal a los conflictos internos más extremos: la guerra civil, la insurrección y la resistencia, describe el momento en que el Derecho se suspende para garantizar su continuidad, incluso su existencia.

También puede ser entendido como la forma jurídica de aquello que no tiene forma legal, es decir, que es incluido en la legalidad a través de su exclusión. Pero, tal como señala Benjamin en su octava tesis –el «estado de excepción» es en verdad la regla-, por la dislocación de esta medida, que se supone provisional y excepcional, se ha convertido en una técnica de gobierno emergente que ha transformado la estructura y sentido tradicional del Derecho. Esta figura jurídico-política tiende a consolidarse como paradigma dominante de la política contemporánea y, en consecuencia, a borrar de forma radical el status jurídico del singular y, desde el punto de vista legal, crean un umbral de indefinición.

En conclusión, la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente se convertido en una de las prácticas esenciales del Estado democrático contemporáneo; por tanto, la diferenciación entre la democracia liberal y el totalitarismo, que en otros tiempos se asumía como radical, tiende a tornarse equívoca, pues las normas jurídicas que regulaban el proceder

del Estado y garantizaban la vida y la integridad del individuo han pasado a un segundo plano, una vez que la seguridad se ha convertido en la principal fuente de legitimidad.

Esto se debe a la contigüidad entre el soberano y la policía. Normalmente suele pensarse que la policía está encargada de hacer cumplir el Derecho y, por tanto, su acción está sujeta a los fines del Derecho; pero, como demuestra Walter Benjamin, en nombre de la seguridad se le dota a los agentes del orden de amplias facultades, que rebasan los límites establecidos por la dogmática jurídica, en pos de la seguridad. Esta condición, al convertirse el «estado de excepción» en una técnica de gobierno que gestiona el desorden,

Bibliografía

- Agamben, Giorgio. *Estado de excepción: Homo sacer, II, I*. Buenos Aires: Adriana Herrera, 2003.
- . *Homo Sacer. El poder soberano y la nude vida*. Valencia: Pre-textos, 2010.
- . *Medios sin fin. Notas sobre la política*. Valencia: Pre-Textos, 2001.
- Amaral Machado, Bruno. «Weber y la racionalidad del control punitivo contemporáneo.» En *Mitologías y discursos sobre el castigo*, de Iñaki Rivera Bieras, 147-166. Barcelona: Anthropos-Observatorio del deñ Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona, 2004.
- Bauman, Zygmunt. *Archipiélago de excepciones*. Madrid: Katz Editores, 2008.
- . *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- . *La posmodernidad y sus descontentos*. Madrid: Akal, 2010.
- . *La sociedad sitiada*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- . *Legisladores e interpretes. Sobre la modernidad, la posmodernidad y los intelectuales*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1997.
- . *Libertad*. Buenos Aires: Losada, 2010.
- . *Modernidad y ambivalencia*. Barcelona: Anthropos, 2005.
- . *Modernidad y Holocausto*. Sexta. Madrid: Sequitur, 2011.
- Benavides, Luis. «El estatus jurídico internacional de los prisioneros detenidos por Estado Unidos de América en Guantánamo, Cuba, a raíz del conflicto en Afganistán.» *Annuario Mexicano de Derecho Internacional* III (2003): 67-91.
- Benjamin, Walter. *Dirección única*. Madrid: Alfaguara, 1987.
- . *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*. Madrid: Taurus, 1991.
- . *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. México: Itaca, 2008.
- Bonanate, Luigi. «El terrorismo como perspectiva simbólica.» *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2006: 11-30.
- Brooks, David. «Bush autorizó a la CIA y el Pentágono torturar a sospechosos de terrorismo.» *La Jornada*, 4 de Abril de 2008.

- . «Insiste la Casa Blanca en usar la tortura en la lucha antiterrorista.» *La jornada*, 27 de Octubre de 2005.
- Butler, Judit. *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*. Buenos Aires: Paidós, 2006.
- Calasso, Roberto. *La ruina de Kasch*. Barcelona: Anagrama, 2001.
- Calveiro, Pilar. *Violencias de Estado. La guerra antiterrorista y la guerra contra el crimen como medios de control global*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012.
- Cover, Robert. *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Barcelona: Gedisa, 2002.
- Deleuze, Gilles. *Conversaciones 1972-1990*. Tercera. Valencia: Pre-Textos, 1999.
- Deleuze, Gilles, y Félix Guattari. *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*. Cuarta. Valencia: Pre-textos, 2000.
- Der Derian, James. «In terrorem: antes y después del 11 de septiembre.» En *Modernidad y violencia colectiva*, de Josetxo Beriain, 281-296. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2004.
- Derrida, Jacques. *Políticas de la amistad seguido de El oído de Heidegger*. Madrid: Trotta, 1998.
- Esposito, Roberto. *Inmunitas. Protección y negación de la vida*. Buenos Aires: Amorrortu, 2009.
- Foucault, Michel. *Nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Fundación Tomás Moro. *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid: Espasa Calpe, 1999.
- Gascón Abellán, Marina. «La tesis kantiana acerca de la obediencia del Derecho.» En *Moral, Derecho y Política en Immanuel Kant*, de Julián Carvajal Cordón, 227-240. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1999.
- Gellately, Robert. *No sólo Hitler. La Alemania nazi entre la coacción y el consenso*. Barcelona: Crítica, 2002.
- Gracia Martín, Luis. «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo».» *Nuevo Foro Penal*, n° 69 (2006): 137-197.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. Segunda. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Horkheimer, Max, y Theodor W. Adorno. *Dialéctica de la Ilustración*. Madrid: Trotta, 1994.
- Horkheimer, Max. *Crítica a la razón instrumental*. Madrid: Trotta, 2002.

- Kant, Immanuel. *Principios Metafísico de la Doctrina del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1968.
- Kaufmann, Matthias. *¿Derecho sin reglas? Los Principios filosóficos de la teoría del estado y del Derecho de Carl Schmitt*. México: Fontamara, 1991.
- Kelsen, Hans. *La teoría pura del Derecho*. México: Colofón, 1987.
- Klein, Naomi. «Los extensos «beneficios» de la tortura.» *La Jornada*, 22 de Mayo de 2005.
- La Torre, Massimo. *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2008.
- La Torre, Massimo. «La teoría del derecho de la tortura.» *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n° 17 (2007): 71-87.
- Landa Gorostiza, Jon-Mirena. «La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: reflexiones críticas.» *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010: 1-10.
- Lefort, Claude. *La incertidumbre democrática. Ensayo sobre lo político*. Barcelona: Anthropos, 2004.
- Mate, Reyes. *Media noche en la historia. Comentarios a las tesis de Walter Benjamin Sobre el concepto de Historia*. Madrid: Trotta, 2006.
- Mayerfeld, Jamie. «Playing by Our Own Rules: How U.S. Marginalization of International Human Rights Law Led to Torture.» *Harvard Human Rights Journal* 20 (Primavera 2007): 89-140.
- Mezger, Edmund. *Tratado de Derecho penal*. II vols. Madrid: Revista de derecho privado, 1946.
- Muñoz Conde, Francisco. *Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo*. México: UBIJUS, 2010.
- Neocleous, Mark. *La fabricación del orden social. Una teoría crítica sobre el poder de policía*. 216. Buenos Aires: Prometeo, 2010.
- Nicoliello, Nelson. *Diccionario del Latín Jurídico*. Buenos Aires: Euros Editores, 2004.
- Palidda, Salvatore. «Política del miedo y decadencia de la esfera pública.» En *Contornos bélicos del Estado securitario. Control de la vida y procesos de exclusión social*, de Cristina Fernández Bessa, Héctor Silveira Gorsky, Gabriela Rodríguez Fernández y Iñaki Rivera Beiras, 11-32. Barcelona: Anthropos, 2010.
- Ricoeur, Paul. *Historia y verdad*. Tercera. Madrid: Ediciones Encuentro, 1990.

- Rivera Beiras, Iñaki. «Forma-Estado, mercado de trabajo y sistema penal («nuevas» racionalidades punitivas y posibles escenarios penales).» En *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, de Iñaki Rivera Beiras, 287-326. Barcelona: Anthropos/Observatorio del Sistema penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona, 2004.
- Roldán, Concha. «Acerca del Derecho personal de carácter real. Implicaciones éticas.» En *Moral, Derecho y Política en Immanuel Kant*, de Julián Carvajal Cordón, 209-226. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1999.
- Schauer, Frederick. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y la vida cotidiana*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 1991.
- Schmitt, Carl. *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- . *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial, 1991.
- . *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del «Ius publicum europaeum»*. Granada: COMARES, 2002.
- . *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.
- . *La tiranía de los valores*. Buenos Aires: Hydra, 2010.
- . *Teología Política*. Madrid: Trotta, 2009.
- Serrano Gómez, Alfonso. «Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009 de Reforma del Código Penal.» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010: 1-7.
- Sofsky, Wolfgang. *Tratado sobre la violencia*. Madrid: Abada Editores, 2006.
- Zulaika, Joseba, y William A. Douglas. «Imperio sin ley: Guantánamo, Patriot Act y Abu Ghraib.» Cap. 14 de *Modernidad y violencia colectiva*, de Josetxo Beriain, 343-353. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2004.
- Zysman Quirós, Diego. «La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona.» En *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, de Iñaki Rivera Beiras y Roberto Bergalli, 255-286. Barcelona: Anthropos, 2005.

Contenido

El estado de excepción como paradigma de gobierno. Una extrapolación de las medidas excepcionales de centro de detención de Guantánamo al «Estado securitario».....	1
Introducción	2
La «excepción» como umbral del Derecho y garantía del orden	12
El «estado de excepción» como umbral de lo indecible	13
El estado de excepción como respuesta a la crisis política	21
El Derecho y la construcción racional del orden	31
El mito del orden como eliminación de la violencia.....	41
La decisión soberana en torno al campo de concentración de Guantánamo	49
La articulación de la violencia estatal contra el terrorismo	50
La irrupción del <i>viejo-nuevo</i> paradigma de la «decisión soberana».....	56
La detención indefinida en Guantánamo	62
La <i>legalización</i> de la tortura	67
La emergencia de una nueva racionalidad punitiva excepcional en el Estado «securitario»	84
La emergencia de nuevas racionalidades punitivas	85
El Derecho penal del enemigo en la democracia	93
La reaparición de los campos de concentración en plena democracia.....	105
Conclusiones.....	118
Bibliografía	125