

CAPÍTULO TERCERO

EL CLAUSULADO DE LA DISTOPÍA. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN TIEMPOS DE NEOLIBERALISMO NECROPOLÍTICO

Silvano CANTÚ*

SUMARIO: I. *Palabras preliminares.* II. *Advertencias para juristas.* III. *El Estado de excepción como negativo constitutivo de la democraticidad del derecho moderno.* IV. *Geometría de la excepción.* V. *El estado de excepción en la consolidación de un orden social globalizado.* VI. *Consideraciones finales.* VII. *Bibliografía.*

I. PALABRAS PRELIMINARES

El estado de excepción es el momento en el cual el derecho se suspende a sí mismo bajo el supuesto de una *amenaza* a su conservación, a la del Estado o a la de la “nación”. Consiste en el despliegue de “poderes de crisis” por parte del Estado ante una situación de hecho llamada “circunstancias excepcionales”, las cuales afectan al conjunto de la población y representan una amenaza para la existencia organizada de la comunidad que constituye la base del Estado.¹

El relator especial de las Naciones Unidas con mandato especial para estudiar el impacto y la extensión del estado de excepción dijo en un informe en los noventa, que

* Maestro en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Es director del Laboratorio de Innovación para la Paz, asociación civil que promueve la construcción de paz y la defensa de los derechos humanos en México. Ha sido un activo promotor de la reforma constitucional en derechos humanos, la Ley General de Víctimas y la armonización legislativa en materia de tortura y desapariciones de personas.

¹ Zovatto, Daniel, *Los estados de excepción y derechos humanos en América Latina*, Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1990, p. 47.

Si transfiriéramos a un mapa geográfico del mundo la lista de países que han proclamado, prorrogado o levantado el estado de excepción durante los últimos diez años [1985-1995], comprobaríamos con preocupación que cubriría casi las tres cuartas partes de la superficie terrestre, sin que ninguna región geográfica escapase a esta realidad... Una lectura política de este original mapa jurídico del mundo nos estaría indicando que la humanidad aún no está madura para vivir en la estabilidad y que, globalmente, existe una peligrosa tendencia a que la excepción se transforme en la regla.²

La tendencia se consolida desde su creación, paralela al nacimiento del derecho moderno y a los derechos humanos. En la modernidad, el poder político se ha colocado crónicamente en posición ambigua con respecto al derecho para reforzar sus posiciones y, en ocasiones, para garantizar la continuidad del derecho mismo. Como opina Giorgio Agamben —a quien citaremos frecuentemente en este texto—, el estado de excepción se ha convertido en el paradigma de gobierno aun en Estados que se precian de ser democráticos.³

La pérdida de todo programa sustantivo en las democracias contemporáneas y su desplazamiento al procedimentalismo y a la desregulación selectiva en nombre del “libre mercado” acentúa dramáticamente el hecho de que la violencia signe las relaciones entre el Estado y los particulares, y que aquél centre su actuación en lo que Claus Offe llamó “interés del Estado en sí mismo”.⁴ La violencia, que “en principio, sólo puede ser buscada en el reino de los medios y no en el de los fines”, como propone Walter Benjamin,⁵ se convierte en el eje vertebrador de los medios. Incluso cabe aventurar la sugerencia de que en un Estado mínimo que se limita a ser el guardián del capitalismo, donde éste se autorregula y guarda una relación de mera referencia con el derecho estadual, la violencia se vuelve el fin de la actuación del Estado, en tanto se privatizan u obliteran los demás fines del derecho.

Este texto recuerda algunos de los momentos en la historia hacia este movimiento de la *rule of law* a la *rule of exception*, así como algunas de sus más recientes tendencias.

² Organización de las Naciones Unidas, Octavo informe anual del Relator Especial de las Naciones Unidas con mandato especial para estudiar el impacto y la extensión del estado de excepción (E/CN.4/Sub.2/1995/20), 1995.

³ Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2007, p. 25.

⁴ Beck, Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 281.

⁵ Benjamin, Walter, *Para una crítica de violencia*, Buenos Aires, Terramar, 2007, p. 113.

II. ADVERTENCIAS PARA JURISTAS

Aunque este texto ha sido escrito para toda persona, si por casualidad la lectora o el lector fuera jurista quisiera aprovechar para sugerirle algunas indicaciones que pudieran ayudar a facilitar la inteligibilidad de lo que expondré más adelante.

No creo que la mejor forma de explicar el estado de excepción, tal como estimo que se practica hoy, sea la exploración que cavila monográficamente sobre los clásicos del liberalismo, o a través de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni mediante estudios de derecho comparado de cualquier cantidad de constituciones de países de la región. Tampoco soy de la opinión que nos ayude una lectura descriptiva a lo positivista que quiera derivar de la vigencia de tal instituto constitucional su validez material. Antes bien, estimo que una aproximación (para mí) más satisfactoria del problema que refiero en estas páginas tendría que partir de la necesidad de ver en el estado de excepción no un estatuto especial del aparato público o un protocolo constitucional para que el Estado entre en una modalidad atípica para hacer frente a determinada necesidad, sino el momento de la construcción política de la necesidad y el empleo instrumental del derecho para producir poder que sin la “necesidad” artificial sería “extra” o, incluso, “antijurídico”, y, ciertamente, de dudosa calidad democrática; todo lo anterior, sin alterar el estatuto “normal” del estado de paz.

La sustracción del poder político con respecto al ordenamiento jurídico liberal no se da como una ruptura con el orden tradicional, sino mediante la rearticulación de las viejas fórmulas del derecho. El viejo instituto de la declaratoria de poderes de emergencia con control parlamentario y sanción judicial, temporalidad y derechos insuspondibles, ha quedado marginado a la calidad de texto testimonial. Esta exploración quiere pedir un momento a la o al jurista para atender a ese desplazamiento del poder facilitado por la instrumentalización del derecho, a ese nuevo autoritarismo con plenas credenciales de validez técnica, incluso constitucionalizados. Esta posible perversión del constitucionalismo podría ser tan distópica como se guste, pero no adolece de cláusulas.

III. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN COMO NEGATIVO CONSTITUTIVO DE LA DEMOCRATICIDAD DEL DERECHO MODERNO

1. *El estado de excepción es una figura constitutiva de la modernidad jurídica*

Los ordenamientos jurídicos modernos encuentran su dimensión de mayor inconsistencia —y paradójicamente, también la de su máxima sistematicidad— en el antagonismo entre los derechos humanos y el estado de excepción, extremos del campo de la organización legal de la dominación política. El grado de proximidad del poder a alguno de estos polos decide la democraticidad —o no— del derecho, incluso entre aquellos regímenes que no son una democracia formal por lo que hace al ejercicio de la soberanía popular, pero que son usualmente estimados como democráticos, como ocurre con las monarquías de la Gran Bretaña, Bélgica, Holanda o Suecia, entre otros casos.

Sin embargo, la polaridad entre los términos no implica su mutua exclusión. No hubo estado de excepción hasta en tanto no aparecieron las primeras declaraciones sistemáticas de derechos naturales. El derecho de las revoluciones burguesas, que inspiró a la gran mayoría de las instituciones de la *episteme* jurídica vigente, está fundado en esta que podríamos identificar como su dislocación estructural: lo que desactiva el estado de excepción son los poderes que las personas pueden oponer al poder del Estado, que al ejercer tales poderes de emergencia subvierte finalmente la ficción fundante de su propia legitimidad, a saber: la del ejercicio delegado de la soberanía popular.

El primer documento moderno en que se alude al estado de excepción es justamente un texto normativo primario: la Constitución de los Estados Unidos de América, promulgada el 17 de septiembre de 1787, cuyo artículo 1o., novena sección, numeral 2, establece que “[E]l privilegio del *habeas corpus* no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión”.

Aunque la *Déclaration des droits de l’Homme et du Citoyen* de 1789 carece de disposiciones semejantes, el derecho francés ulterior previó un instituto análogo en el decreto de la Asamblea Constituyente del 8 de julio de 1791. Ese decreto distinguía entre un *état de paix* (estado de paz), un *état de guerre* (estado de guerra) y un *état de siege* (estado de sitio). En este último se establece que “todas las funciones de las cuales la autoridad civil está investida para el mantenimiento del orden y de la policía interna pasan al comandante militar, que la ejercita bajo su exclusiva responsabilidad”.

Estas disposiciones adquirieron carácter de norma primaria en la Constitución francesa del 22 de frimario del año VIII (1800) del calendario republicano, que dispone que en caso “de rebelión armada o de perturbaciones que amenazaran la seguridad del Estado, la ley puede suspender, en los lugares y por el tiempo que ella determine, el imperio de la constitución”. Disposiciones diversas en la materia siguieron emitiéndose en un número creciente de países y épocas.

Finalmente, la forma jurídica regular del estado de excepción ha dejado de ser un fenómeno local y se ha universalizado en 1976 mediante la entrada en vigor del artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo numeral 1 dice a la letra:

En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Parte en el presente Pacto podrán adoptar las disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto...

2. *Trayectoria de la domesticación de la necesidad fundante de la excepción*

La violencia que está *más allá* del ordenamiento jurídico y que funda el estado de excepción ha procedido tanto del interior como del exterior del Estado, pero en todo caso hay una regularidad en la referencia bélica en todo código de construcción de la necesidad jurídica. De hecho, según opinión de Carl Schmitt, el poder estatal de determinar al *enemigo*, tanto interno como externo, parte de la necesidad de justificar el ejercicio del *ius belli*, el derecho subjetivo del Estado a declarar la guerra a otros Estados, que significa “la doble posibilidad de requerir por una parte de los miembros del propio pueblo la disponibilidad para matar y ser muertos, y por la otra de matar a las personas que se encuentran del lado del enemigo”.⁶

Tradicionalmente, el *ius belli* conecta al estado de excepción con la guerra y a ambos con la soberanía de un Estado cuya forma es la de un tercero extraño al pueblo, ante el pueblo mas no ante la “comunidad internacional”, con respecto a la cual lo ata ese ejercicio soberano que se expresa como reconocimiento recíproco del consenso popular constitutivo de su subjetividad jurídica y política. Schmitt quiso derivar de ese reconocimiento una concepción de la soberanía como contención de las pretensiones hos-

⁶ Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza 2006, p. 76.

tiles entre Estados que entrañaba el derecho del Estado a la guerra contra un enemigo legítimo, es decir, otro Estado soberano y no un mero criminal; esto es, una persona de derecho penal interno.

La historia del estado de excepción está llena de ejemplos sobre su invocación con propósito de la guerra y de cómo se extiende más allá de los confines de la necesidad invocada, aplicándose a las rebeliones internas e incluso a las crisis económicas. En este sentido, pese a que en la tradición estadounidense el estado de excepción tenía por destinatarios a los potenciales rebeldes o insurrectos del interior, así como los potenciales conspiradores y traidores a la patria en caso de invasión, en la tradición francesa la figura sufrió una gradual expansión. Así, mientras en sus inicios el *état de siege* se limitó al ejército, el decreto de la Asamblea Constituyente de 8 de julio de 1791 dio al comandante militar de determinada plaza-fuerte la facultad de asumir “todas las funciones de las cuales la autoridad civil está investida para el mantenimiento del orden y de la policía interna” en el ámbito de dicha plaza. Las leyes del 18 y 19 fructidor del año V (1797) extendieron el estado de sitio a las comunas del interior y a ciudades enteras.⁷

Estas disposiciones adquirieron carácter de norma primaria mediante su incorporación en la Constitución francesa del 22 frimario del año VIII. La extensión del estado de sitio fue más lejos cuando, a través del decreto imperial de Napoleón del 24 de diciembre de 1811, se instituyó lo que la doctrina francesa ha llamado *état de siege fictif* (estado de sitio ficticio, también llamado “político”), consistente en la concesión de mayores poderes a la policía militar en sus actuaciones en ciudades asediadas por el enemigo de guerra, sin someter la plaza al estado de sitio efectivo. Se trataba de una especie de facultad extraordinaria concedida a los elementos castrenses ante la imposibilidad de sitiar efectivamente una plaza.

El estado de sitio ficticio se siguió empleando durante todo el siglo XIX. Así, por ejemplo, Napoleón III lo aplicó en cuarenta departamentos franceses de 1852 a 1876, mientras se desarrollaban la guerra franco-prusiana y la insurrección de la Comuna. De igual modo procedieron Italia y Alemania durante aquel siglo, tanto contra insurrecciones y amotinamientos populares como a manera de poderes complementarios en el mantenimiento de la “seguridad pública”.

El bélico siglo XX normalizó el estado de excepción. En el marco de la Primera Guerra Mundial, la mayoría de los países beligerantes lo impusieron. Incluso durante esa posguerra en Francia, Poincaré pidió al Parla-

⁷ Agamben, Giorgio, *op. cit.*, pp. 29-48.

mento *pleins pouvoirs* en materia financiera durante cuatro meses para hacer frente a la crisis económica.

En el Reino Unido se aprobó la *Defence of Realm Act* (1914), que preveía la aplicación extensiva de la jurisdicción marcial en el juzgamiento de civiles. La aplicación del estado de excepción también trascendió a la guerra. Dos años después de concluida, el Parlamento aprobó la *Emergency Powers Act* en un contexto de huelgas y tensiones sociales, concediendo al rey la declaración del estado de emergencia con plenos poderes para el mantenimiento del orden. Esto procedía “[t]oda vez que parezca a Su Majestad que haya sido emprendida” una acción de sabotaje. Por su parte, el Congreso estadounidense aprobó entre 1917 y 1918 diversas leyes que incluían restricciones a la libertad de tránsito y de expresión. Igual que en los casos francés y británico, la aplicación de medidas de excepción trascendió al fin de la guerra.

La ecuación de emergencia bélica, emergencia interna y emergencia económica da cuenta de cierta tendencia hacia la dislocación entre la necesidad que funda el estado de excepción y su ejecución permanente, especialmente en los años que siguieron al fin de la Segunda Guerra Mundial y hasta nuestros días. Desde entonces, la metonimia belicista ha servido de soporte y sustituto del estado de necesidad.

IV. GEOMETRÍA DE LA EXCEPCIÓN

La disputa doctrinaria sobre el estado de excepción versó originalmente sobre su interioridad o exterioridad con respecto al ordenamiento jurídico. Agamben atribuye a Santi Romano, Hauriou y Mortati la idea de que dicho estado es parte integrante del cuerpo normativo, porque la *necesidad* actúa en el caso como fuente autónoma del derecho. Igual opinión sostuvieron juristas que van desde Jellinek hasta Duguit, que derivaban de la *necesidad* no de sólo la naturaleza jurídica del estado de excepción, sino también de su validez. Un segundo grupo de *interioristas* lo entiende como un derecho subjetivo del Estado a la propia conservación. En contraste, las tesis *exterioristas* estiman que el estado de excepción y la necesidad que lo funda son elementos *de facto* cuya sustancia está más allá del derecho, pese a que generen consecuencias jurídicas.⁸

Este cuerpo de doctrinas parece haberse vuelto superfluo ante la positivación internacional del estado de excepción. Los interioristas pueden saciar su sed de *fundamento* leyendo el artículo 4o. del Pacto Internacional de

⁸ Agamben, Giorgio, *op. cit.*, pp. 58, 59, 63 y 64.

Derechos Civiles y Políticos. Algo semejante ocurre a los exterioristas por lo que hace al aspecto formal del derecho. Pese a que caben múltiples formas de recepción del derecho internacional en los ordenamientos normativos del mundo, la suscripción del Pacto tiene por efecto jurídico elemental la inscripción de sus normas en el derecho positivo de los Estados parte. Al construirse un estándar jurídico externo al derecho de esas naciones, todos sus suscriptores de las obligaciones internacionales de mérito interiorizaron el estado de excepción en sus ordenamientos jurídicos.

La variación que el derecho internacional contemporáneo introduce en esta discusión es el concepto de la “responsabilidad objetiva del Estado”, que acompañará a su pretendido *derecho subjetivo* a la propia conservación tanto en el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el artículo 15 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (que fue la primera norma de derecho internacional, que aborda este asunto), y en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”).

Respecto de esta responsabilidad objetiva, hay un desarrollo teórico que Agamben roza, pero del cual no extrae mayores consecuencias. Es el de Julius Hatschek, quien distingue entre una *objektive Notstandstheorie* (teoría objetiva del estado de necesidad) y una *subjektive Notstandstheorie* (teoría subjetiva del estado de necesidad). Creo que la distinción vale por una tipología reflexiva con respecto a las tesis interioristas y exterioristas, limitadas a dar cuenta de la naturaleza jurídica del estado de excepción. Yendo más lejos, la tipología de Hatschek nos permite introducir el concepto de “responsabilidad jurídica” del Estado por su actuación en el estado de excepción, y lleva así la discusión a un momento que pende del sujeto y el acto, más que de la “cosa”.

En la fórmula Hatschek, la teoría objetiva es aquella “según la cual cada acto realizado en estado de necesidad por fuera o en contraste con la ley es contrario al derecho y, como tal, jurídicamente imputable”; la subjetiva es aquella “según la cual el poder excepcional se funda «sobre un derecho constitucional o preconstitucional» del Estado... respecto del cual la buena fe es suficiente para garantizar la inmunidad”. El derecho internacional incluye ambas naturalezas jurídicas. Con ello trata de ponerle un coto a la *necesidad* que pretende fundarlo, sin negar el momento de la decisión soberana.

El opuesto simétrico de las normas internacionales podría ser la opinión de Tomás de Aquino, quien señala que “[a]quel que en el caso de necesidad actúa más allá del texto de la ley, no emite juicio *desde la ley*, sino *desde el caso singular en el cual ve que las palabras de la ley no deben ser observadas* [*non iudicat de*

ipsa lege, sed iudicat de casu singulari, in quo videt verba legis observanda non esse”.⁹ Lo dicho en la *Summa Theologica* no es nada sustancialmente distinto a lo que sostuvo Schmitt a mediados del siglo pasado en su *Teología política*: el soberano es “aquel que decide sobre el estado de excepción”. Para el derecho internacional de los derechos humanos, por decirlo en los términos de esta discusión *teologal*, el soberano es aquel que debe justificar su necesidad de exceptuar el derecho *desde el derecho mismo y ante la comunidad internacional*.

Desde luego, la mera justificación presume el reconocimiento del derecho del Estado a suspender el derecho.¹⁰ Sin embargo, la referencia al derecho y a obligaciones en el derecho internacional contemporáneo remiten la subjetividad a un orden jurídico objetivo, hecho de normas protectoras que 1) fijan derechos que la doctrina y la jurisprudencia llama “intangibles” o insuspendibles bajo cualquier situación, así como 2) asentando requisitos de forma y fondo que los Estados deben observar en estados de excepción.

Al hablar de un estándar internacional en materia de estado de excepción me referiré a lo contemplado en el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en el artículo 15 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) y en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Por lo demás, los artículos 5o. del Pacto Internacional, 16, 17 y 18 de la Convención Europea, y 28 y 29 de la Convención Americana, incluyen disposiciones directamente aplicables al estado de excepción. De igual modo lo hacen los artículos 4o. y 5o. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador” (1988). A lo largo de la exposición me referiré también a otras normas o desarrollos jurisprudenciales.

1. Elemento objetivo del estándar 1: los derechos indisponibles

Este elemento enuncia los derechos que no pueden suspenderse o restringirse ni siquiera en situación de estado de excepción. Son intangibles al poder.

El Pacto de la ONU estipula la insuspondibilidad de ocho derechos: a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, la prohibición de la prisión por no poder cumplir con una obli-

⁹ Agamben, Giorgio, *op. cit.*, p. 62.

¹⁰ El artículo 4.3 del Pacto Internacional estatuye ese derecho al afirmar: “Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión...”; fórmulas análogas incluyen los artículos 15.3 de la Convención Europea y 27.3 de la Convención Americana.

gación contractual, el principio de irretroactividad en el derecho penal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y las libertades de pensamiento, conciencia y religión. Posteriormente, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006) incluyó entre las normas del sistema internacional de protección de los derechos humanos la prohibición de la desaparición forzada de personas en contextos de excepción.

Por su parte, el artículo 15 de la Convención Europea incluye cuatro derechos, entre los que se encuentran el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, así como los principios de legalidad y no aplicación retroactiva del derecho penal.

Finalmente, el artículo 27.2 de la Convención Americana contempla once derechos, que incluyen el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, el principio de legalidad e irretroactividad penal, la libertad de conciencia y de religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos de las niñas y los niños, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos, así como las garantías judiciales indispensables para la protección. Tras la aprobación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en 1994, el sistema interamericano incluyó la prohibición de las desapariciones forzadas de personas.

En esta enumeración de disposiciones llama la atención la ausencia de normas reguladoras del estado de excepción en instrumentos jurídicos cuyas materias entrañan una conexión directa con esta situación. El relator especial de la ONU en la materia mencionó en un informe de 1997 algunos de estos derechos, por ejemplo:

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los convenios de la OIT núms 29, 87, 98 y 105 sobre el trabajo forzoso y la abolición del trabajo forzoso, la libertad sindical y el derecho de sindicalización; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y obviamente, por estar llamados a regir en situaciones excepcionales, los distintos convenios del derecho internacional humanitario.¹¹

¹¹ Organización de las Naciones Unidas, “Décimo Informe Anual de Leandro Despouy, Relator Especial sobre los derechos humanos y los estados de excepción de las Naciones Unidas” (E/CN.4/Sub.2/1997/19), 1997, nota 9.

Estos desarrollos no contemplados en el Pacto persiguen hacer de la intangibilidad de ciertos derechos una norma de *ius cogens*, derecho internacional inderogable y no condicionado por las soberanías de los Estados, lo que redondea el sentido de objetivo de los derechos insuspendibles.

2. *Elemento objetivo del estándar 2: los principios de forma y fondo que rigen la actuación del Estado en la suspensión de derechos*

Estos principios o requisitos son ocho. El de *legalidad* (1) precisa la preexistencia de normas regulatorias del estado de excepción, tanto por lo que hace a su proclamación como a los mecanismos de control que verifican que la actuación del Estado en estas situaciones sea conforme a derecho. Esto incluye, desde luego, el derecho internacional, lo que complementa el *principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional* (2). El requisito de *proclamación* (3), por su parte, precisa que la entrada en vigor del estado de excepción sea precedida por una medida de publicidad bajo la forma de declaración oficial, cuyo fin es advertir a la población de que algunos de sus derechos serán restringidos o suspendidos durante determinado tiempo y en cierto lugar. La proclamación acota los términos materiales, temporales y espaciales del estado de excepción, que son la materia de los principios de *proporcionalidad* (4) y *temporalidad* (5), respectivamente.

La adecuación a derecho y el respeto a los términos proclamados son materia de la *notificación* (6), que es una medida de publicidad dirigida a informar a la comunidad internacional acerca de la existencia del estado de excepción en la jurisdicción del Estado que lo proclama. Sus efectos jurídicos estriban en habilitar a los depositarios de los tratados que regulan la situación para asegurarse de que ésta se ejecuta en los términos de la norma invocada, y en hacer valer el reconocimiento internacional del derecho subjetivo del Estado a su propia conservación.

El *principio de amenaza excepcional* (7) primero busca definir la naturaleza del peligro y se refiere a los presupuestos de hecho (conmoción interior, ataque exterior, peligro público, catástrofes naturales o generadas por el hombre, etcétera) que conforman el concepto “circunstancias excepcionales”. Este principio se ha consolidado en la jurisprudencia universal y regional. En el caso *Lawless v. United Kingdom*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que el peligro debe ser actual o al menos *inminente*. Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU sostuvo en su informe sobre Chile de 1984 que invocar *in abstracto* la “seguridad nacional” o la “subver-

sión latente” no justifican suspensión alguna de las obligaciones previstas en el Pacto Internacional. La jurisprudencia indica asimismo que la validez de la situación de peligro entraña la afectación a toda la población, a la totalidad del territorio o a una parte del mismo, a la continuidad de la vida organizada de la comunidad, o bien cuando otras medidas resulten insuficientes, lo que conlleva la aplicación de las llamadas “cláusulas de restricción”.

En la Convención Europea, la amplitud de los casos en los que pueden derogarse las obligaciones previstas en la Convención es inconmensurable: “[e]n caso de guerra o en caso de otro peligro público que amenace la vida de la nación...”. La Convención Americana no es más puntual al enumerar los casos de la siguiente manera: “En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte...” (artículo 27.1). En la lectura de ambas normas se vuelve preciso atender a la jurisprudencia para ponderar mejor los criterios aplicables a estas situaciones.

Finalmente, el *principio de no discriminación* (8) exige del Estado no aplicar la restricción o suspensión de derechos a determinado grupo social o que se proclame con fines cuyo motivo repose en motivos discriminatorios.

3. *El elemento subjetivo del estándar: el estado de excepción como derecho del Estado a su conservación*

El efecto inmediato del elemento subjetivo¹² es la subordinación del reconocimiento integral de los derechos humanos al estado de excepción. En este sentido, aunque el elemento subjetivo del estándar se encuentra condicionado por los elementos objetivos, actúa como una fuente de éstos.

Curiosamente (o quizá no), el elemento subjetivo del estado de excepción, que fija el eje de la subjetividad jurídica del Estado como centro del universo de los derechos humanos, coincide con la fijación de la naturaleza jurídica de los derechos en tanto que derechos subjetivos. Es un esquema de relaciones jurídicas cuyo origen podría rastrearse en el *Opus nonaginta dierum* (1332) de Occam sobre la controversia entre los franciscanos y el papa Juan XXII por la llamada “pobreza evangélica”, que cruzaba el tema de la titu-

¹² Expresado sin mayores elucidaciones en los enunciados “[t]odo Estado Parte que haga uso del *derecho de suspensión...*” (artículos 4.3 del Pacto y 27.3 de la Convención Americana) o “[t]oda alta parte contratante que ejerza este *derecho de derogación...*” (artículo 15.3 de la Convención Europea).

laridad de las propiedades de la orden, y que el célebre filósofo quiso resolver concediendo a los franciscanos la *potestas* de propiedad, pero al papa la responsabilidad de asegurar su goce.¹³ Una operación semejante ocurre con el Estado moderno al volverse garante de los derechos y depositario último de la decisión sobre el estado de excepción (en esto no difieren el derecho internacional de la ONU y Schmitt, salvo que el primero dice referirse a un orden democrático y el segundo, a la dictadura).

Ahora bien, me parece que para entender la relación que pone en juego el elemento subjetivo entre derechos y derecho del Estado, debemos desear la posibilidad de un hipotético conflicto entre dos *potestas* de naturaleza diversa, lo que dejaría de lado el involucramiento del mito de la universalidad del Estado que aporta a esta discusión el valor que se pretende salvar con el estado de excepción. La universalidad del Estado se introduce de contrabando en el estándar al postular un derecho a eliminar los derechos, que está muy por encima de la *potestas* occamista. Acaso el matiz adecuado para leer la palabra “derecho” empleada por el estándar consista en identificar los derechos exceptuados con la *potestas* de Occam, y el derecho del Estado a su conservación, con la *auctoritas* romana.

Agamben encuentra en la oposición *potestas-auctoritas* la frontera que divide en dos campos la estructura del “sistema jurídico de Occidente”. En el campo de la *potestas* se condensan los elementos normativos y jurídicos en sentido estricto, mientras en el de la *auctoritas* aparecen los componentes metajurídicos y anómicos. “El elemento normativo —dice— precisa del anómico para poder aplicarse, pero, por otra parte, la *auctoritas* puede afirmarse sólo en una relación de validación o de suspensión de la *potestas*”.¹⁴

En nuestro esquema, la *auctoritas* se correspondería con el elemento subjetivo del estándar, mientras la *potestas*, con los derechos exceptuados. Esto sólo funciona si se lee a Agamben con los lentes de Occam. Al quedarse con la *potestas* romana, desprende de la oposición entre *auctoritas* y *potestas* la propiedad de la vida por parte del Estado, en cuyas manos se vuelve “nuda vida”. Pero reducir la oposición a la “nuda vida” sin más, vuelve toda política de Estado en una especie de totalitarismo, cuyo fin sería eliminar físicamente y aterrorizar a toda la población o a amplias franjas de ella. No dudo que más de un gobernante haya tenido la tentación, pero no creo que esté en el cálculo de todos los Estados del mundo, aun en los peores, reducir

¹³ Correas, Óscar, *Acercas de los derechos humanos*, México, Fontamara, 2003, pp. 18-20, y Cruz Parceró, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 2004, pp. 15-18.

¹⁴ Agamben, Giorgio, *op. cit.*, p. 154.

su actuación a la matanza de la población. Las muertes que resultan de la violencia dispuesta en los estados de excepción responden a otro propósito, aunque el medio sea el genocidio. Me parece que lo que da un sentido amplio y aplicable aun en situaciones de “normalidad” a la distinción entre *autoritas* y *potestas* es más bien la disposición de los poderes del orden social en manos del Estado, y de ahí que éste deba construir un derecho subjetivo de naturaleza distinta al de la *potestas*.

La *propiedad estadual* de los derechos humanos, que pasan de ser *poderes* a meros *bienes* bajo tutela, permite la subversión del campo de la discursividad que fijan los elementos objetivos a la actuación del Estado en su ejercicio del elemento subjetivo. Mediante esa subversión, el Estado se hace parcialmente exterior a los elementos de los que se apropia en tanto que sujeto hegemónico y echa a andar un tipo de acción cuyo principal rasgo es la participación del Estado como tercero en todas las relaciones sociales, incluyendo la relación global entre la sociedad y el ordenamiento jurídico en su conjunto. En esa operación de apropiación de los derechos de las personas por parte del Estado cabría cifrar el poder y la peligrosidad del elemento subjetivo del estado de excepción.

4. *La dictadura constitucional*

En el mundo contemporáneo se ejercen diversas modalidades de aplicación de la lógica de la excepción que parecen no admitir ya ni siquiera los controles objetivos del estándar internacional. Ya en el temprano año de 1982, la relatora especial de la ONU sobre el tema clasificó en un informe (E/CN.4/Sub.2/1982) estos estados de excepción en cinco tipos: *a)* no notificados; *b)* *de facto*; *c)* permanentes; *d)* complejos, y *e)* institucionalizados.

Los estados de excepción no notificados son aquellos que no violan disposiciones de derecho interno pero sí de derecho internacional, particularmente el artículo 4.3 del Pacto Internacional y sus equivalentes en otros sistemas de protección. No notificar el estado de excepción, por lo demás, impide que los órganos de supervisión internacional ejerzan su poder de apreciación.

Los estados de excepción *de facto* son aquellos que se perpetúan después de haber sido proclamados oficialmente, y posteriormente suspendidos. A la vez, se emiten normatividades que suspenden el ejercicio de derechos y garantías pese a que esto sólo podría darse en el contexto de un estado de excepción proclamado y/o prorrogado.

Los estados de excepción permanentes son aquellos que, proclamados o no, se perpetúan a causa de una prórroga sistemática de hecho o porque el sistema jurídico carece de una norma que prevea su temporalidad limitada.¹⁵

En la actualidad, el elemento subjetivo del estado de excepción se ve principalmente escindido de los controles objetivos mediante la emisión de normas que restringen o suspenden diversos derechos de la población y activan, en contrapartida, poderes excepcionales para el Estado, particularmente relativos al uso de la fuerza o la disposición de determinadas libertades civiles. Estas situaciones en que pululan las normas de excepción paralelas o acumuladas, manifiestas en disposiciones restrictivas y regímenes transitorios cuya simultaneidad produce los mismos efectos de los estados de excepción “normales”, reciben el nombre de “estados de excepción complejos”, o “institucionalizados”, si se agrega a ellos la normalización de la ruptura del orden constitucional como consecuencia de una supuesta crisis que justifica las medidas tomadas.

Consideremos los siguientes ejemplos: *a)* la militarización de la seguridad pública, aparejada a la aplicación extensiva de la jurisdicción militar en el juzgamiento de civiles como sujetos activos o pasivos de un delito, y *b)* la producción de normas penales confeccionadas a la medida para la persecución de enemigos políticos.

A. *La militarización y la jurisdicción militar extensa*

La militarización da cuenta de un fenómeno de expansión de aquellas funciones que habitualmente deberían constreñirse a las autoridades civiles, por ejemplo, las policías de investigación o las de seguridad pública. En el mundo contemporáneo se ha renormalizado la actuación de los militares en funciones civiles invocando alguna emergencia nacional. La jurisdicción militar completa el círculo de la violencia del Estado, en la cual el interés jurídico de los civiles queda excluido al vulnerarse el derecho al proceso ante un juez competente, independiente, objetivo e imparcial. La impunidad de la violencia de Estado se vuelve el signo más evidente de estados de excepción complejos y/o institucionalizados. La jurisdicción militar se vuelve, por su parte, el signo más elocuente de la impunidad. Se trata de un voto del Estado a favor de la arbitrariedad y de la separación de la sociedad en privilegiados y excluidos.

¹⁵ Zovatto, Daniel, *op. cit.*, pp. 48-50.

Llama la atención el hecho de que solamente una norma internacional prohíba expresamente la aplicación extensiva de la jurisdicción militar: el artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Las únicas normas aplicables al caso (por la vía de una construcción litigiosa) son las relativas al debido proceso legal. En este sentido, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho internacional humanitario coinciden en reconocer una serie de principios aplicables a la administración de justicia que incluye a la jurisdicción militar. Entre esos principios encontramos la igualdad ante los tribunales, el derecho de toda persona a ser juzgada por tribunales competentes, independientes e imparciales, preestablecidos por la ley, el derecho a un recurso efectivo, el principio de legalidad y el derecho a un juicio efectivo, equitativo y justo.

Así se manifiesta el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyas disposiciones, como señala la Observación General 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (en lo sucesivo CDH-ONU), “se aplican a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en el ámbito de ese artículo, sean ordinarios o especializados, civiles o militares”. Por su parte, la jurisprudencia internacional concuerda en que la jurisdicción militar debe ser restrictiva, excepcional y de competencia funcional. Se restringe precisamente a la función materia de su competencia, y por ello su uso ha de ser excepcional en una democracia.

No obstante lo anterior, la militarización y la jurisdicción que busca absolverla de culpas son cada vez menos excepcionales. Como he dicho antes, no sólo convivimos con guerras “preventivas” cuyos motivos se diluyen ante el menor examen, sino que también se vuelve común conocer de ejércitos que participan cada vez más en labores de seguridad pública, así como de los abusos que esta extensión genera, sobrepasando los límites de su funcionalidad. Los ejércitos de hoy también suelen emprender pesquisas penales “preventivas” y labores de contrainsurgencia “preventiva”.

Al respecto, el relator especial de la ONU sobre la Independencia de los Jueces y Abogados indicó lo siguiente:

En los últimos años el Relator Especial ha notado con preocupación que la extensión de la jurisdicción de los tribunales militares sigue siendo un grave obstáculo para muchas víctimas de violaciones de derechos humanos en su búsqueda de justicia. En un gran número de países, los tribunales militares siguen juzgando a militares responsables de graves violaciones de derechos humanos, o juzgando a civiles, en franca violación de los principios interna-

cionales aplicables en esta materia, y en algunos supuestos, incluso, transgrediendo sus propias legislaciones nacionales.¹⁶

El Informe nos ofrece una visión panorámica del problema al referir casos de aplicación del fuero militar a civiles o por delitos cometidos por militares en contra de civiles, incluyendo crímenes de lesa humanidad (señaladamente los casos de Congo, Nepal, Camboya, Egipto, Túnez, Jordania, etcétera). De igual modo, apuntó a los procesos y detenciones de supuestos terroristas en Guantánamo, donde el Ejecutivo estadounidense es el acusador, juzgador y defensor de los *detainees* (detenidos). Miembros de las cortes militares creadas por virtud de un decreto emitido por el presidente, no por el Congreso, juzgan a los *detainees*. En esas cortes, que luego fueron reemplazadas por las llamadas Cortes de revisión del *status* de combatientes, los acusados tenían un estatus jurídico creado *ex profeso*: “enemigos-combatientes”, carentes de los beneficios de ser reconocidos como POW (prisioneros de guerra, por sus siglas en inglés), como contemplan los convenios de Ginebra; además, eran juzgados por un delito inexistente (conspiración) en el derecho internacional y aun en el derecho doméstico.

Sobre América Latina, el Informe del relator especial señala que el problema de la jurisdicción militar era latente en casi toda la región. A la luz de los hechos recientes, hoy cabe sostener fuera de dudas que el problema se ha agudizado, y que México representa uno de sus casos más elocuentes. Pese a que desde 2009 a la fecha la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha condenado a México en cuatro ocasiones a eliminar la aplicación extensiva de la jurisdicción militar a casos de violaciones de derechos humanos, las reformas que buscaron satisfacer este mandato del tribunal continental excluyeron aquellos casos en los cuales un militar viola los derechos de otro, aunque se prohibió que las cortes marciales conocieran de casos en los cuales las víctimas fueran civiles.

La posible aprobación de una Guardia Nacional militarizada cuyos abusos sean conocidos por la jurisdicción militar (enero de 2019) ha reiniciado el debate sobre el tema. Todo parece indicar que el Estado mexicano se limitará a constitucionalizar los poderes de emergencia —como lo es el uso de fueros especiales para tropas en labores policiales de excepción— a fin de conjurar riesgos de señalamientos. Desde luego, la Constitución no es sólo un texto que consta en su sitio de enunciación, y habrá que revisar —en caso

¹⁶ Organización de las Naciones Unidas, “Informe del relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de la Organización de las Naciones Unidas, Leandro Despouy, a la Asamblea General de 25 de septiembre de 2006 (UN DOC: A/61/384, 2006).

de que la reforma se apruebe— si su constitucionalización vale por su constitucionalidad (aunque la duda aquí es retórica, la respuesta es y será “no”).

B. *El derecho penal del enemigo*

Una tendencia influyente en el mundo penal contemporáneo es la adopción de normas, medidas o procedimientos típicos de la doctrina del *derecho penal del enemigo*. El peligro abstracto encuentra su metáfora en la peligrosidad pura del delincuente, que no garantiza al orden social su adecuación a las normas. La pretensión punitiva del Estado en la formulación de Günther Jakobs —su más prominente expositor—, podría resumirse en la siguiente cita:

El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros, a ser una reacción contra un enemigo.¹⁷

El principal efecto de la ampliación del poder punitivo del Estado es el socavamiento de la *normalidad* democrática: la preservación del Estado constitucional de derecho y la vigencia de los derechos a la presunción de inocencia y al debido proceso. Jakobs se justifica al señalar que “la misión del derecho penal es la garantía de la estructura normativa de la sociedad”, y también, cuando dice que, “en las medidas que suponen una injerencia en el ámbito privado, como la interceptación de comunicaciones o los registros de vivienda, se adelanta el ámbito de protección del Derecho penal y se combate de manera especialmente «asegurativa», por causa de la existencia de un peligro”.¹⁸

Como advierte Zaffaroni,¹⁹ la cantidad de temas del derecho penal que trastoca la doctrina del enemigo incluye la racionalización del debilitamiento del derecho penal de garantías a través de la imputación jurídica, con base en criterios que se independizan de la causalidad (el enemigo como un dato objetivo); la minimización de la acción en beneficio de la

¹⁷ Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2007.

¹⁸ Jakobs, Günther, “El terrorismo internacional se puede combatir con el derecho penal del enemigo”, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Lima, núm. 7, 2006, p. 613.

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 13-15.

omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado; la construcción del dolo a partir de una “teoría del conocimiento”, que incluye lo que anteriormente era propio de la negligencia (el acento en la “garantía cognitiva”); la pérdida de contenido material del bien jurídico (Jakobs se refiere a la lesión del bien jurídico tutelado como dada de antemano); la multiplicación de tipos de *peligro sin peligro* (peligro *abstracto* o *presunto*, “riesgos ubicuos” y encarnación del peligro en la persona que tiene la intención de violar una norma: la “fuente del peligro” la llamó Jakobs); la lesión de la legalidad mediante tipos vagos; la delegación de la función legislativa-penal con el pretexto de las llamadas *leyes penales en blanco*, entre otros temas.

Jakobs pretende fundar esta anticipación base del *ius punendi* preventivo distinguiendo entre normas primarias, bienes jurídicos y normas de flaqueo. En los delitos en los que hay riesgo de atentados contra normas primarias (por ejemplo, en la amenaza o en el de perturbación de la paz pública mediante la conminación de delitos), se quebranta una norma de flaqueo que sirve como una especie de *test* cognitivo. Quien desafía la paz pública (entendida como paz jurídica), evidencia que no confía en el derecho, arrogándose la configuración de la relación entre la víctima (que puede ser toda la sociedad) y la norma principal. La punición se vuelve legítima aun cuando no se haya atentado contra el bien jurídico tutelado por la norma primaria, toda vez que existe de antemano la lesión de una norma de flaqueo. La lesión tiene efecto “porque el autor da a entender que próximamente tendrá lugar una perturbación externa, al menos si sus planes tienen éxito”.²⁰

El impacto real del derecho penal del enemigo a nivel mundial queda manifiesto ante la estadística de la prisión preventiva en América Latina, una de las regiones en que mayor receptividad se ha dado a esta doctrina. Se estima que tres cuartas partes de la población privada de la libertad entra bajo un esquema de prisión o detención preventiva, lo que demuestra el mayor peso concedido en los últimos años al sistema penal cautelar o *precondenatorio* frente al mucho más elaborado y regulado sistema de proceso conducente a una sentencia. México debate hoy (enero de 2019) la ampliación de su catálogo de delitos que admiten prisión preventiva oficiosa, en un afán incesante durante los últimos doce años por sustituir el sistema penal por un esquema cómodo, flexible, de bajos estándares probatorios y alta efectividad mediático-política.

²⁰ Jakobs, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Estudios de derecho penal*, Madrid, UAM Ediciones-Civitas, 1997 (1985), pp. 315-323.

V. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN LA CONSOLIDACIÓN DE UN ORDEN SOCIAL GLOBALIZADO

La historia del derecho moderno acusa un progreso hacia la domesticación jurídica del estado de excepción que, sin embargo, es puesta en crisis permanente por la subversión del poder político a los límites del estándar internacional. Esta tendencia parece haberse vuelto la tónica regular a partir de los atentados a las torres gemelas del 11 de septiembre de 2001. Llamaremos aquí “neoliberalismo necropolítico” al conjunto de acciones de corte bélico o de inspiración militar —coordinadas o no—, que responde a una lógica política representada y ejecutada por Estados con gobiernos de corte neoliberal que articulan la agenda de lo público en torno a sus sistemas de seguridad ante problemas asumidos como “riesgos de seguridad” globales o internos.

El resultado en ambos casos (guerra contra un enemigo global, como el terrorismo internacional, o guerra contra enemigos internos transnacionalizados, como los cárteles del narcotráfico u otras redes de crimen organizado) ha sido una actuación al límite de la normalidad democrática que no se libra desde el campo del estado de excepción tradicional, sino desde articulaciones parciales próximas a los estados de excepción complejos o institucionalizados de los que se habló en el apartado anterior, o bien experimentos en los que el derecho se vuelve contra el derecho democrático empleando, sin embargo, técnicas democráticas de producción normativa; es decir, parodiando el sentido del derecho moderno tradicional, a saber: que la regla son los derechos y los contrapesos democráticos al poder.

En este nuevo mundo posmoderno, posliberal e intermitentemente posjurídico, la decisión soberana es la regla, se pronuncia sobre la vida y la muerte de millones de personas, emplea el derecho para anular la efectividad del antiguo derecho de la modernidad, y finalmente tiene la extraña *mala suerte* de no rendir éxitos, ya que los problemas que afirma combatir se vuelven crónicos mientras las utilidades del dinero ilegal que producen sigue fluyendo e insertándose en los mercados legales, financiando proyectos políticos *legalizados* o nutriendo las arcas de la corrupción. El estado de excepción —y con ello la parte limítrofe del derecho moderno— se incorpora al mercado como valor altamente rentable, inversión de alto riesgo, pero utilidades garantizadas, en tanto que la democracia y los derechos humanos se marginan a la calidad de mermas comerciales.

La dislocación estructural que posibilitó esta necropolítica se halla en la imposibilidad del capitalismo global de seguir expandiéndose sin la puesta, en primera fila, de las potencias militares, conquistadoras y generadoras de

mercados, y la vuelta de Estados revigorizados aun a costa del discurso que les dio legitimidad durante la primera modernidad. Sabemos por la historia de los estados de excepción que esto no es novedad. El mito del “retorno del Estado” es históricamente cuestionable. En cambio, se advierten algunas novedades que marcan este giro necropolítico y le dan su *diferencia* al supuesto “retorno del Estado”: 1) la intensificación del uso de *prima ratio* de las fuerzas armadas en las agendas públicas internacionales e internas, 2) el cinismo instrumental o la espectacularidad como arma de guerra (*shock and awe*), y 3) su escala planetaria.

La Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América de septiembre de 2002, especie de *programa* de la “era de la seguridad”, justifica con entusiasmo estas *novedades*. Por ejemplo, predica en tono pro-fético: “*La historia* juzgará severamente a aquellos que vieron venir este peligro pero no actuaron. En el *nuevo mundo* en que hemos entrado, *el único* camino hacia la paz y la seguridad es el de la *acción*”.²¹ También recurre a las viejas justificaciones retrospectivas:

Hoy, la comunidad internacional tiene la mejor oportunidad que se ha presentado después del nacimiento del estado nación en el siglo XVII, para construir un mundo en el que las grandes potencias compiten en paz en lugar de prepararse continuamente para la guerra... Estados Unidos se basará en estos intereses comunes para promover la seguridad global.

Hablar del enemigo contra el que se erige este mundo nuevo parece ineludible. El estado de guerra permanente del “securitismo” se explica precisamente por la criminalización de este enemigo, su reducción a no-persona desde una objetividad jurídica trastornada, así como por el redimensionamiento del enemigo, que se convierte en global. La Estrategia de Seguridad Nacional de 2002 lo dice en estos términos: “La lucha contra el terrorismo global es diferente de cualquier otra en nuestra historia. Será librada en muchos frentes contra un enemigo particularmente elusivo, por un período extendido de tiempo. El progreso vendrá a través de la acumulación de éxitos —algunos visibles, otros no— visibles”.²²

Estas *peculiaridades* del enemigo, 1) permiten al autor del discurso de la seguridad *encarnarlo* en casi cualquier sujeto, Estado, región del mundo o campo de actividad humana; 2) lo facultan para combatirlo por un tiempo indefinido, y 3) le permiten emprender dos guerras: una visible y otra secre-

²¹ US Government, “The National Security Strategy of the United States of America”, 2002, disponible en: <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2006/nss2006.pdf>.

²² *Ibidem*, p. 5.

ta (por la que, verosíblemente, no tendría que rendir cuentas). El enemigo está en el centro del mito fundante de la necropolítica global, que anuncia una inminente vuelta al estado de naturaleza hobbesiano. La enunciación de un mito tal tiene por efecto simbólico el representar al orden social bajo una especie de efecto de “naturalización” que *explica* la necesidad del establecimiento de una guerra permanente y, por tanto, la institucionalización de regímenes de derecho moldeables a la emergencia. El mito de una supuesta “naturaleza” humana preponderantemente maligna y peligrosa que amenaza a la civilización en su conjunto (lo que Agamben llama la “lupificación” del hombre y la “hominización” del lobo) se ha adaptado al imaginario social contemporáneo.

Para salvar la civilización del lobo que está siempre a la vuelta de la esquina, se construye un derecho internacional público del enemigo, particularmente evidente en el derecho de guerra y en el derecho penal internacional. El enemigo político ya no es una persona de derecho internacional público clásico, sino un “punto geoestratégico”, un referente del mercado ilegal o una horda de individuos insospechados.

La criminalización del enemigo, interestatalmente hablando, significa que no hay un reconocimiento de la soberanía del otro, así como no puede haber, por tanto, apego a un derecho internacional que arbitre la guerra en última instancia. Visto así, la guerra no puede ya ser sólo un procedimiento jurídico-militar, como en los orígenes del Estado moderno, ni exclusivamente un mero “proceso-espectáculo”, como dice Schmitt, “para la aniquilación política y física del enemigo político”, sino el paradigma de gestión de recursos, bienes y valores en la globalidad, como son la vida, la muerte y el duelo.

Por ello, no hay tratado de paz ni cláusula de amnistía en las guerras neoliberales ni distinción clara entre guerra y paz, sino articulación de ramas de operación típicas del Estado o los mercados internos a la agenda de la pretendida “seguridad global”, así como no hay distinción entre guerra civil, estado de excepción y “seguridad pública”, ni entre *hostis* (enemigo público) y criminal, ya que las principales guerras securitistas, la de Afganistán, Paquistán e Iraq, y posteriormente Siria, por una parte, y la guerra contra las drogas en lugares como México y Colombia, se llevaron a cabo persiguiendo personas o redes criminales transnacionalizadas, supuestamente protegidas por sus respectivos Estados, o perseguidos a solicitud y con colaboración de ellos.

La “flexibilización del *concepto de enemigo desestatalizado*”, como lo llama Ulrich Beck, introduce al menos cuatro desequilibrios globales:

[P]rimero, el uso universal de la violencia armada con vistas a la “defensa interior” (caso de Estados Unidos y también de Rusia, Alemania, Israel, Palestina, India, China, etc.); segundo, la declaración universal de guerra contra Estados que no hayan atacado previamente; tercero, la normalización e institucionalización del “Estado de excepción” en el interior y en el exterior; cuarto, la deslegalización no sólo de las relaciones internacionales y los enemigos terroristas, sino también del propio Estado de derecho y de las democracias extranjeras.²³

Bien leídas, estas cuatro posibilidades coinciden con los rasgos típicos de un estado de excepción subjetivo, cuyo sujeto, sin embargo, se haya condensado en un *consenso* global: el consenso neoliberal. Todos los rasgos del “securitismo” neoliberal que advertimos aquí (preventivismo, uso privilegiado de la fuerza en la resolución de conflictos, irracionalización del enemigo, supresión o restricción de derechos y valores democráticos) son habilitados por las dimensiones del nuevo “enemigo” global. Es la misma lógica que en el estado de excepción, de cualquier signo: una emergencia constitutiva de poderes que exceden y son capaces de eliminar el imperio del derecho (en nombre del derecho mismo).

Incluso se da el elemento de un sujeto que se arroga el derecho de disponer de los derechos de todas y todos, construyendo mediante la agenda de la seguridad global una especie de Estado global, con su correspondiente “política interior mundial” y su derecho penal internacional emitido por los órganos de un solo Estado, como ocurre con normatividades del tipo de la *Patriot Act* de 2001 o las sucesivas *Military Commissions Act*, que permitían al presidente de Estados Unidos formar tribunales militares para el juzgamiento de *alien illegal enemy combatants*; las cuatro leyes contraterroristas que ha emitido el Parlamento Británico en 2001, 2005, 2006 y 2008, que han contemplado plazos indefinidos de detención de presuntos terroristas y el uso de las fuerzas armadas en actividades policiales; o bien en los capítulos locales en que el enemigo puede ser el terrorismo o el narcotráfico, de manera intercambiable, el establecimiento de medidas de excepción, como la desmesurada prisión preventiva oficiosa o la militarización de la seguridad y la justicia penal en México, que despojan de todo estatuto jurídico a personas relacionadas con investigaciones de delitos de delincuencia organizada.

Las dimensiones y técnicas de la necropolítica de la excepción institucionalizada configuran velozmente —como sostiene Judith Butler— una especie de “versión contemporánea de la soberanía que animada por una agresiva

²³ Beck, Ulrich, *op. cit.*, pp. 308 y 309.

nostalgia, busca abolir la división de poderes. [La ley es] una «táctica», algo con valor instrumental y no «obligatorio» a causa de su estatuto de ley”.²⁴ Después del periodo de consolidación del derecho internacional de los derechos humanos no se registraba en el mundo un momento de tal debilidad jurídica como este que vivimos.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Como se discurrió en el texto, la *episteme* jurídica moderna se ha construido en torno a la dislocación entre el estado de excepción, por una parte, y los derechos humanos, por la otra. El estado de excepción es el límite que constituye, por exclusión, el sentido de *normalidad* del derecho democrático. Lo que excede de ese punto es violencia extrajurídica.

Ahora bien, por virtud de la positivación internacional de la figura del estado de excepción mediante los textos normativos del derecho internacional de los derechos humanos, se ha buscado domesticar jurídicamente la explosividad de la “necesidad” fundante de la suspensión de derechos, procurando que los que aquí llamo elementos objetivos del estándar en la materia (los derechos humanos insuspendibles y los controles formales y materiales a su ejecución) ganen terreno al elemento subjetivo, que es el derecho metajurídico del Estado a disponer del derecho para garantizar su propia conservación, a través de un accionar de decisión soberana nuda.

Ese intento de domesticación, sin embargo, se encuentra en proceso de regresión ante nuevas dinámicas globales de poder, acusadamente tras el establecimiento en 2001 de una red de estados o regímenes de excepción especiales, parciales, intermitentes, de carácter global, regional o nacional, que aquí hemos llamado “neoliberalismo necropolítico”, articulado a través de una práctica que emplea al derecho contra el derecho moderno tradicional, coloca a la seguridad como valor axial del orden global —siempre subsidiariamente a un modelo económico hegemónico de corte capitalista—, y hace uso de la confección de enemigos públicos, el militarismo y el preventivismo penal como paquete operativo privilegiado.

Sigue siendo urgente —como lo era desde septiembre de 2001— construir un entendimiento de la realidad tal que nos ponga de frente ante la precipitada pérdida de vigencia de la *episteme* jurídica moderna sin ceder espacios a la ingenuidad o al cinismo; adecuarse a los tiempos confundiendo entre *necesidad* y *legitimidad* será el suicidio del derecho, al menos del que pro-

²⁴ Butler, Judith, *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 91.

metían las democracias modernas. Creo que la máxima tarea del derecho, hoy, es revertir en cada frente de *guerra* los voraces poderes de excepción *legalizados* que se han fugado de los precarios muros del constitucionalismo, reducido a fantasma legitimador de este espurio universo jurídico paralelo. Ojalá esta convicción halle cómplices en quienes leen este texto.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2007.
- BECK, Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global*, Barcelona, Paidós, 2004.
- BENJAMIN, Walter, *Para una crítica de violencia*, Buenos Aires, Terramar, 2007.
- BUTLER, Judith, *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*, Barcelona, Paidós, 2004.
- CORREAS, Óscar, *Acerca de los derechos humanos*, México, Fontamara, 2003.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 2004.
- JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, UAM-Ediciones-Civitas, 1997 (1985).
- JAKOBS, Günther, “El terrorismo internacional se puede combatir con el derecho penal del enemigo”, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Lima, núm. 7, 2006.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2007.
- QUESTIAUX, Nicole, “Informe presentado a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías sobre el estado de excepción y los derechos humanos” (E/CN.4/Sub.2/1982), 1982.
- SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 2006.
- US GOVERNMENT, “The National Security Strategy of the United States of America”, 2002, disponible en: <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2006/nss2006.pdf>.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2007.
- ZOVATTO, Daniel, *Los estados de excepción y derechos humanos en América Latina*, Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1990.