

La guerra global contra el terrorismo

La guerra global contra el terrorismo

Gonzalo Esteban Calderón Mendoza



anthropiQa 2.0

© Gonzalo Esteban Calderón Mendoza
©Imagen de portada: WikImages en Pixabay.com
© anthropiQa 2.0
Lulu Press Inc (edición compartida)
<http://www.anthropiQa.com>
editorial@anthropiQa.com
Badajoz, España / Raleigh (North Carolina)

Edición primera, septiembre de 2016
I.S.B.N. 978-1-326-78752-3

Dedicatoria

A la memoria de mi padre. A su ejemplar e incansable batallar en el derrotero de la crianza y la supervivencia.

A mi madre... por ser aquel bastión que me erigió en el devenir de la vida. Por su sostenimiento en la fe y en la fuerza abnegada de una soñadora.

Agradecimientos

Al profesor José Honorio Martínez por aceptar la imperiosa y ardua tarea de dirigir y orientar un sueño académico: por su confianza, apoyo y colaboración en el proceso del desarrollo del presente texto.

A mis amigos y compañeros, por su incansable trasegar en pos de brindarme fuerzas y consejos a lo largo de los surcos de la vida y la academia.

A mi familia, por entregarme tanto: el amor crítico a la utopía y al pensamiento.

INTRODUCCIÓN	13
1 LECTURA ANALÍTICA DEL FUNDAMENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	23
1.1. Antecedentes históricos del DIH	33
1.2. Caracteres principales del DIH	40
1.2.1. Principios regentes	45
1.3. El papel del Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Corte Internacional de Justicia	49
1.4. Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos	57
1.4.1. Convergencias y divergencias entre el DIH y el DIDH	61
1.5. Las nociones de los conflictos armados en el DIH	65
1.5.1. Conflictos armados internacionales	65
1.5.2. Conflictos internos internacionalizados y desestructurados	73
2 POTENCIAS DE OCCIDENTE VS. “TERRORISMO”	81
2.1. El terrorismo en la jurisdicción internacional luego del 9/11	82
2.1.1. La Hostis Iudicatio en el campo de la indecibilidad	100
2.2. El caso paradigmático de los Estados Unidos: medidas legislativas, jurídicas y políticas	116
2.2.1. La continuidad y el reforzamiento en la administración Obama	130
2.2.2. El terrorismo: asunto inevitable de las Estrategias de Seguridad Nacional	138
3 LA GUERRRA DE IRAK COMO CASO ILUSTRATIVO	153
3.1 Antecedentes de la invasión	154
3.2. La transgresión al DIH: la inexistencia de las armas biológicas y afectación a la población civil	156
3.2.1. Acerca de las detenciones ilegales, las desapariciones forzadas y las torturas: la influencia de la Autoridad Provisional y la Fuerza Multinacional	166

4	EL DIH Y LA PROPAGACIÓN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN COMO ZONA DE INDISTINCIÓN	179
4.1.	El concepto del estado de excepción y su relación con el derecho: la perspectiva de Giorgio Agamben	183
4.1.1.	A propósito del carácter global y permanente del estado de excepción como medida frente al terrorismo	202
4.2.	El propósito del DIH en el marco del intervencionismo y la propagación del estado de excepción como forma de gobierno	221
4.2.1.	Protección de lo “humanitario”: el reconocimiento de la nuda vida y de la tanatopolítica (política de la muerte)	229
4.2.2.	El caso específico de la figura del refugiado y el ámbito del exilio	232
5	CONCLUSIONES	255
6	BIBLIOGRAFÍA	

INTRODUCCIÓN

Luego de los sucesos del 11 de septiembre de 2001 (9/11) las potencias político-económicas y militares de Occidente, en un bloque encabezado por los Estados Unidos –que se presentaba como el principal afectado-, declararon una guerra frontal contra el terrorismo que precisaba un supuesto carácter global.

A partir de ese momento, y para responder a ese fenómeno, los gobiernos de turno de las potencias occidentales no sólo optaron por generar nuevas medidas jurídicas y legislativas al interior de sus Estados, produciendo ámbitos –no declarados formalmente- de estados de excepción nacionales, sino también se sirvieron de herramientas del derecho internacional para propagar un contexto de estado de excepción global que fuese adoptado como paradigma de gobierno biopolítico, presentando una tendencia a la perpetuidad y permitiendo el avance de una suerte de “cruzada antiterrorista”. El caso paradigmático de esta situación fue, particularmente, el gobierno de EE.UU. entre 2001 y 2009 a cargo de George W. Bush.

En un estado de guerra tal (global y permanente), el Derecho Internacional Humanitario debería haberse aplicado sin limitaciones en todo lugar y momento, siendo un cuerpo normativo-prohibitivo del derecho internacional que no habría de ser suspendido ni en situaciones de excepcionalidad. No obstante, el DIH fue –y ha sido- usado por las potencias occidentales como un elemento legitimador del discurso intervencionista militar, presentado como liberador y democratizador, no sólo de las naciones “sometidas” de Medio Oriente, sino del todo el mundo. Sin embargo, ya en el curso de las intervenciones mismas (ej. Afganistán e Irak), los preceptos del mismo DIH fueron infringidos y transgredidos por las fuerzas armadas y las asociaciones de inteligencia de las potencias occidentales, sin que estos hechos fueran siquiera denunciados –y mucho menos sancionados-, por el

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), por otros Estados o por la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

Lo anterior no ha de sorprender teniendo en cuenta que el cuerpo del DIH moderno, como actualización del derecho de guerra, ha sido concebido y moldeado por el pensamiento jurídico de las potencias occidentales triunfantes en las Guerras Mundiales (especialmente en la Segunda), sumando el hecho de que dichas potencias representan la mayoría en el grupo de miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CS); asimismo, no se podía esperar menos de gobiernos que coartan gravemente las libertades y derechos civiles de sus propios ciudadanos.

Nuestra hipótesis radica en que, en la guerra global contra el terrorismo, que se apoyaría en una propagación de la permanencia del estado de excepción a nivel global, el DIH ha manifestado un importante papel en tres puntos:

1) La defensa y aplicación del DIH se presenta como elemento retórico y discursivo en la legitimación de las acciones intervencionistas: Las potencias de Occidente, especialmente EE.UU., se revelan ante el mundo como los “guardianes” y protectores” de los DDHH y del DIH, siendo paladines de la seguridad internacional y de toda la humanidad, a la que deben “salvaguardar” de cualquier peligro terrorista, lo que precisaría de una determinación en llevar a cabo intervenciones (“humanitarias”) en cualquier lugar del mundo;

2) El DIH, lejos de ser imparcial, ha devenido como herramienta funcional y maleable para legitimar “diplomáticamente”, ante la opinión pública internacional, las intervenciones militares de las potencias occidentales a Estados-nación que son acusados como tiránicos, dictatoriales y transgresores del derecho internacional, además de amenazantes para la vida de los seres humanos del mundo entero. El DIH se encuentra dentro de los resultados de la producción asimétrica del derecho

internacional que han realizado históricamente las potencias occidentales que determinan unilateralmente qué seres humanos participan o no en las hostilidades;

3) Por su notoria incapacidad reguladora y sancionatoria real y práctica, y al haber sido moldeado por el pensamiento jurídico occidental y condicionado por las decisiones del CS, el DIH es fácilmente ignorado por los gobiernos de las potencias de Occidente y sus fuerzas armadas, quienes han actuado sin ningún tipo de restricciones en los territorios en los cuales han intervenido, infringiendo sin límites los preceptos y principios del DIH, particularmente los dispuestos para los conflictos armados internacionales y los conflictos armados internos internacionalizados y desestructurados respecto a la población civil, todo ello por el mecanismo de una supuesta “violencia pacificadora para la construcción civilizatoria”. Al manifestar un carácter permanente, en relación con la guerra contra el terrorismo, es poco sensato pensar que –como no ha ocurrido hasta el momento- se instituirán Tribunales Penales Internacionales para investigar y juzgar a los gobiernos y militares de países como EE.UU. Las potencias occidentales han violentado los mismos parámetros establecidos por ellas y esto no ha conllevado sanciones manifiestas y reales.

Nuestro estudio apunta a dilucidar las cuestiones que surgen alrededor de esos tres puntos (haciendo especial énfasis en el caso estadounidense) desde una perspectiva filosófico-política, donde la perspectiva *agambeniana* es transversal a todo el análisis dentro del texto: ¿Cómo el DIH sustenta y es herramienta funcional moldeable –y asimismo susceptible de ser ignorada- por parte de las potencias occidentales que se instituyen como poder soberano internacional, en medio del estado de excepción permanente como paradigma de gobierno predominante que se presenta luego del 9/11? ¿Con qué objeto las potencias occidentales esgrimen al DIH como argumento para legitimar sus intervenciones militares?; y, ¿cómo se caracteriza la paradoja entre el DIH fundamentado

en la intención de proteger a las personas como población civil y la figura del estado de excepción como máximo control de sus vidas en el contexto de una guerra global contra el terrorismo? Ahondando en la tensión de esas vidas humanas, que en tanto son tachadas de “terroristas”, son despojadas de su subjetividad en el derecho y en el lenguaje (subjetividad que está representada en la vida política, social y cultural cualificada de lo humano, *bios, logos*) merecedora de la consideración de la humanitario, para ser presentadas como mero contenido biológico y ruidoso no-humano (*zoe, phone*) que no es merecedor de la aprehensión de lo humanitario, siendo así una desdeñable nuda vida; ni siquiera se considera su sacrificio, ya que el ser sacrificable implicaría un cierto grado de importancia subjetiva.

La cuestión también se dirige a cómo el DIH se manifiesta y toma parte como ignorado en la ficción que gobierna, según Giorgio Agamben¹, el *arcanum imperii* de nuestro tiempo, que permite un territorio donde se asienta el predominio del grupo hegemónico de potencias occidentales. A este respecto ya Michel Foucault, por la década de 1970, conducía sus reflexiones hacia la caracterización del *biopoder* como esa forma de ejercer el poder que se preocupa por la vida; que se ocupa tanto del concepto y práctica del control de la población, como del cuerpo viviente en tanto objeto y centro de poder, y que en la contemporaneidad se hace plausible. Asimismo, Foucault puso en evidencia un fenómeno paradójico en esta manera de ejercicio del poder: el biopoder viene acompañado de su opuesto, del poder de a muerte; además del *iuspoder* “...como una voluntad de saber establecida para producir verdades jurídicas, que se halla regulada y justificada por específicas técnicas de poder”².

¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción (Homo Sacer II, 1)*. Traducción de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 2004.

²MARTÍNEZ RIVILLAS, Alexander. *Estudio sobre la teoría del poder en Michel Foucault*. Ibagué, Pija Editores, 2011. p. 80.

Los estamentos donde se ejerce en las sociedades de nuestro contexto, manifiestan su preocupación por la vida pero, en simultáneo, generan y llevan a cabo prácticas que socavan, sustraen y eliminan la vida. Foucault previó –si bien de una manera simple y tal vez algo insuficiente, como lo cree Agamben³- esta paradoja de un poder que se preocupa por la vida pero que, no obstante y en virtud de esa preocupación, puede darle muerte. Es así que el carácter del Derecho Internacional Humanitario, como estamento internacional, deviene hoy como expresión de esa tendencia en el marco contextual del universo político del estado de excepción como paradigma de gobierno permanente a causa de su estadio de indefinición respecto su localización (o ilocalización) en el orden jurídico; del tiempo-acontecimiento en que se inscriben ahora las vidas humanas, en donde las distinciones de las dicotomías de lo público/privado y del cuerpo biológico/cuerpo político se hacen indiscernibles. Donde se presenta un eclipse de la política, quedando en posición subalterna frente al derecho, la religión y la economía; un olvido de su propio rango ontológico que la ha llevado a ser desbordada por transformaciones que han vaciado sus categorías y conceptos, y se busca su inscripción en fenómenos y experiencias, que por lo común no se consideran propios del ámbito político. Es por eso que “[...] *sólo una política que parta de la conciencia puede interesar al hombre*”⁴. Sólo ella se haría cargo de ese eclipse.

Giorgio Agamben considera que el significado inmediatamente biopolítico del estado de excepción –como estructura originaria en que el derecho incluye en sí al viviente por medio de su suspensión- se hace manifiesto con evidente

³ AGAMBEN, Giorgio. *Medios sin fin. Notas sobre la política*. Traducción de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 2010.

⁴Ibíd., p. 130.

claridad en la *Military Order*⁵ promulgada por el Presidente Bush en noviembre de 2001 –lo que no es extraño luego del 11 de septiembre, donde se reafirma el paradigma del estado de excepción como forma paradigmática de gobierno permanente-. Allí se autorizaba la detención indefinida de no-ciudadanos sospechosos de participar en actividades de carácter terrorista. Esto trajo consigo un fenómeno de eliminación radical de cualquier estatuto jurídico para dichos individuos, surgiendo así un ser jurídico sin nombre ni clasificación. Un claro ejemplo de ello fueron decenas de talibanes capturados en Afganistán: a ellos no se les concedía el amparo del estatuto de “prisionero de guerra” (POW) propio del Derecho Internacional Humanitario, instituido en la convención de Ginebra; tampoco aparecían en calidad de imputados por algún delito desde la ley estadounidense. Así, estos talibanes eran tan sólo “detenidos” –ni acusados, ni prisioneros-, objetos de una detención indefinida, de una dominación de hecho “[...]no sólo en el sentido temporal sino en cuanto a su propia naturaleza, puesto que queda sustraída por completo a la ley y al control judicial”⁶. Ese fenómeno de los “detenidos” representa para Agamben el nivel máximo de indeterminación de la nuda vida, producida por la máquina jurídica, en nuestra situación de un estado de excepción permanente.

El sistema jurídico de Occidente no ha de entenderse sólo como la generalidad; como lo que tienen en común los particulares sistemas jurídicos estatales. Luego del período de guerras mundiales, y sobre todo desde el inicio de la década de los años 2000, en el marco de las relaciones estatales e

⁵ESTADOS UNIDOS. THE WHITE HOUSE. *Military Order of November 13, 2001. Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*. Presidential Documents, Federal Register: November 16, 2001. Vol. 66, No. 222. Disponible en la web: <http://www.fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm>

⁶AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción (Homo Sacer II, 1)*. Óp. cit., p. 124.

internacionales, es difícil no hacer referencia a la Comunidad Internacional y menos a su regulación a través del derecho internacional, sobre todo del Derecho Internacional Público (DIP). El sistema jurídico occidental está cada vez más sustentado en las dinámicas de este derecho. Así, éste haría parte fundamental de ese sistema jurídico y político.

Agamben⁷ se refiere al sistema jurídico de Occidente como una máquina jurídica estructurada dualmente, formada dos elementos heterogéneos, y a la vez coordinados: uno normativo y jurídico en el sentido estricto, y otro anómico y metajurídico. Éstos se ven articulados por medio del estado de excepción como dispositivo que instituye un umbral de indecibilidad entre la vida y el derecho. Pero el elemento normativo y jurídico no ha de referirse tan sólo a los sistemas de normas internas estatales, sino también la normatividad internacional que surge del Derecho Internacional Público, y de la cual el DIH es evidencia trascendental en el contexto actual de exposición constante de un ambiente de guerras interestatales y conflictos internos, como el ambiente de guerra civil que escinden a las ciudades y al *pueblo*. La normatividad del DIH es también evidencia de la fuerza-de-ley⁸, muestra la fractura entre norma y realidad, más aún cuando su ámbito normativo deviene de multiplicidad de fuentes, que incluye tanto escritas como no escritas, es plausible que se ejerce y surge de la excepción (indisoluble). El aspecto normativo del derecho estatal puede ser cancelado por la contraposición de una violencia gubernamental, que al obviar el derecho internacional en el exterior produce el estado excepción permanente en el interior, pretendiendo todavía la aplicación del derecho.

Es trascendental reconocer el estado de excepción que estudia Giorgio Agamben en el contenido contemporáneo de

⁷Ibíd., p. 13.

⁸Ibíd., p. 51.

nuestras sociedades. Se debe asimilar el estado de excepción, que nos rige actualmente, en el contexto global – que no sólo se entiende desde una perspectiva económica sino sobre todo desde una jurídico-política– caracterizado por una supra-visibility de los conflictos armados, la excepcionalidad permanente de la guerra y la delimitación occidental de un enemigo común internacional: el terrorismo. El estado de excepción, que viene afianzándose desde la Primera Guerra Mundial, con el Nacionalsocialismo y el fascismo, ve su mayúsculo momento de expansión en ese contexto global que demarca una guerra manifiesta contra el “terrorismo”. Entonces es fundamental comprender la situación, asimismo, desde una lógica que no se cierre en los límites de los Estados-nación, que no se funde en el aislamiento. El Estado no es ya una categoría genérica, uniforme. No es el Estado-nación que se intentó erigir en la Modernidad. La relación entre el derecho y la vida de los ciudadanos no se ha de visualizar ya sólo dentro del recuadro estatal, sino también desde el reconocimiento de un fenómeno de cosmopolitismo jurídico y político en ascenso, del control sobre la vida de los “ciudadanos del mundo”, para que se pueda dar la aparición de la política como la cuchilla que rasga y corte el vínculo entre violencia y derecho.

Así, el presente texto se desarrollará básicamente en los siguientes acápites: en un **primer momento** se abordará un estudio analítico concreto de los caracteres y fundamentos generales del DIH, incluyendo su relación histórica con la guerra, sus fuentes y distintas expresiones; enseguida, en un **segundo capítulo**, se referenciarán las pautas centrales de la “guerra contra el terrorismo” que plantean las potencias occidentales como “policía internacional soberana” y poder soberano internacional –con intenciones expansivas-, analizando la figura de la *Hostis iudicatio* (derecho penal del enemigo) que se halla entre la norma y el estado de excepción permanente, así como se dilucidarán las acciones que tomaron esas potencias –como imperialismo colectivo-, desde

estrategias de seguridad cooperativa y preventiva –en pro del desmantelamiento del “eje del mal” en Oriente- entre otras herramientas del derecho, para la consecución de las prebendas industriales y financieras a las que apuntan en el orden internacional; luego, en el **tercer acápite** se estudiará el caso específico de los aspectos fundamentales de la guerra contra Irak (2003), los elementos retóricos-discursivos con los que EE.UU. argumentó la intervención militar, evidenciando sus antecedentes, elucidando las transgresiones al DIH que se dieron en esta intervención y denotando también las continuidades violatorias al DIP por parte del gobierno “democrático” establecido luego del supuesto fin de la ocupación; posteriormente, en el **cuarto** acápite, se hará una caracterización específica del estado de excepción permanente al cual atendemos luego del 9/11 desde las interpretaciones de Giorgio Agamben y del sociólogo belga Jean-Claude Paye, planteando un énfasis en la relación del DIH, como normatividad jurídica, con el estado de excepción como paradigma de gobierno imperante en los Estados nacionales de derecho –a la manera de Occidente- de hoy, aunado a la visualización de la nuda vida (vida biológica excluida de la polis, *zoē*) por parte de la concepción de la protección humanitaria del DIH, apuntando también al reconocimiento de la relación entre las categorías de personas protegidas desde el DIH y resaltando la situación de la figura del refugiado, en su relación con la figura del *homo sacer*; y, finalmente, en el **quinto** apartado, de conclusiones, en perspectiva a la proyección y apertura de nuevos debates en lo sucesivo, respecto a las cuestiones y falencias del DIH: elementos que lo han llevado a ser instrumento trascendental (maleable y quebrantable) de la propagación del estado de excepción como forma permanente de gobierno en la coyuntura de la guerra global contra el terrorismo.

1. LECTURA ANALÍTICA DE LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En el siglo XX las muertes en el campo de batalla suponían una ascendente subestimación de los daños provocados por la guerra. Los bombardeos a poblaciones civiles por aire y tierra acabaron con cantidades cada vez mayores de no combatientes, además de sus medios de subsistencia. Durante y después de las guerras los Estados empezaron a desplazar y expulsar a grupos de población como nunca antes. Y el intento deliberado de aniquilar poblaciones enteras, a través del genocidio y el politicidio, dejó de ser la infrecuente y aterradora aberración que ahora parece convertida en una práctica gubernamental habitual, que se supondría regulada por el DIH en medio del contexto de una cultura del miedo y la muerte, en pos de una sociedad que se desnaturalice frente a la muerte del “enemigo” temido. No más entre 1945 y 1987, la matanza masiva de población civil a manos de agentes estatales causó casi 17 millones de muertos en el mundo entero, cantidad mayor que la de los enfrentamientos directos en guerras internacionales o civiles.

Las guerras civiles ulteriores a 1945 surgieron en ocasiones de una lucha general entre clases por el poder del Estado. De manera más periódica se debieron a aspiraciones de determinados grupos religiosos, lingüísticos o territoriales por la autonomía o el control del Estado existente. En este sentido restringido, el nacionalismo cobró mayor prominencia en las guerras, al consolidarse de manera general en el mundo un mapa completo de territorios estatales estables y mutuamente excluyentes. Simultáneamente las grandes potencias vienen interviniendo en modo creciente en las guerras civiles, buscando un alineamiento y cooperación de los que controlan el Estado por medio de la garantía del triunfo de las facciones simpatizantes. A pesar de que la década de 1980 trajo consigo un cierto respiro en la comparación con los decenios previos, la destrucción que causó la guerra Irak-Irán y la continuación de otras luchas ofreció pocas probabilidades de

que la terminación en 1991 pudiera establecer una tendencia decreciente.

El armamento disponible prometió –y efectivamente ha causado- nuevos grados de destructividad, mientras la proliferación de armas nucleares y biológicas amenaza con la extinción de la humanidad. Estados Unidos, la Unión Soviética (hoy Rusia), el Reino Unido, Francia, China y la India tienen su propio armamento nuclear. Asimismo, Alemania, Israel, Brasil, Argentina, Pakistán y Japón trabajan con plutonio. En la década de 1980, casi el 10% de los Estados mundialmente reconocidos podían desplegar armas nucleares o retenían el derecho para hacerlo, la guerra no se hizo ni se hará más benigna al correr el tiempo.

El ascenso progresivo de la guerra va anejo a la fijación de las fronteras internacionales. Los Estados han dejado de guerrear por territorios disputados y las fuerzas fronterizas han dirigido sus esfuerzos hacia el control de la infiltración, en lugar de hacia la defensa frente a un ataque directo. Los ejércitos, las marinas, las fuerzas aéreas y, especialmente, la policía se concentran cada vez más en la represión de la población civil, en combatir insurgentes o conseguir el poder. Los gobiernos son cada vez más inestables ya quienes los controlan definen como enemigos a poblaciones enteras; las guerras generan proporciones de refugiados en sumas colosales. ¿Dónde queda el regimiento del DIH frente a estas situaciones? ¿Cómo se constituyó paralelamente al continuo ascenso de la guerra? ¿Cómo y para qué se fundamentó y modificó a través de ese devenir? Son las cuestiones que nos ocuparán a continuación.

Dentro de la doctrina dominante de los juristas internacionalistas es generalizada la concepción de que el Derecho Internacional Humanitario es una especie de derecho que se halla fuera del Derecho Internacional Público general y, aún más, separado de las ramas especializadas de este

derecho. No obstante, se considera por parte de organizaciones, como el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), que esta opinión no tiene fundamentos en la historia del Derecho Internacional Público (DIP). Se afirma que este derecho, en la versión clásica vigente hasta hoy, al menos desde 1945, delimita, en el conjunto de sus reglas, dos grandes ámbitos prácticamente de la misma importancia: uno que contendría las normas por las que se regían las relaciones entre Estados en situaciones de paz; y otro que contendría las que regían las relaciones en caso de conflicto armado. Tanto el derecho de la paz como el derecho de la guerra configuraban el conjunto del DIH. El Estado soberano tenía derecho a recurrir a la fuerza en sus relaciones con otros Estados. Asimismo, recurrir a la fuerza era el atributo supremo de su soberanía, la expresión más sintomática de su calidad de Estado.

El hecho de recurrir a la fuerza estaba incluido en el derecho, y las relaciones de conflicto armado entre miembros de la Comunidad Internacional eran evidentemente más frecuentes que en la contemporaneidad. Dado que las relaciones pacíficas entre Estados estaban menos desarrolladas en muchos ámbitos de la actividad internacional el Estado no asumía aún todas las funciones con las que se comprometió al devenir en su carácter democrático-moderno, el derecho de la guerra tenía una dimensión, por lo menos, tan amplia como el derecho de la paz. Las tentativas de someter la relación internacional de conflicto armado al régimen del derecho, aparecían ya en el apogeo del DIP moderno. La distinción entre guerra justa y guerra no-justa, fundada sobre todo en consideraciones filosóficas e ideológicas, se interpretaría más tarde, jurídicamente, como la elaboración de las reglas de la primera, con el propósito de excluir de las relaciones internacionales a la segunda.

El cometido que desempeña el derecho de la guerra en el desarrollo del DIH se remonta a los orígenes mismos de este derecho, ya que dentro de los primeros contactos entre grupos sociales y comunidades pre-estatales apareció el conflicto como forma recurrente de relación. Esto llevó al reconocimiento de la necesidad de las principales normas consuetudinarias. Las reglas de esencia consuetudinaria del derecho de la guerra, que aparecieron casi ya al comienzo de las relaciones entre comunidades, presentaron un contenido idéntico y finalidades análogas: *“Este surgir espontáneo de las diferentes civilizaciones -que en aquella época no disponían de medios para comunicarse entre sí- es un fenómeno importante; es la prueba de que la necesidad de la existencia de normas en el caso de un conflicto armado se hacía sentir de igual manera en civilizaciones muy diversas”*¹.

Respecto al derecho de la guerra, si bien se suele considerar al año 1864 como la fecha de nacimiento del DIH—año en el que fue concertado el primer Convenio de Ginebra— fue evidente que las disposiciones de ese derecho ya existían, a nivel consuetudinario, con bastante anterioridad. Según Christophe Swinarski² ya existían, hacia el año 1000 antes de Cristo, reglas sobre los métodos y los medios para conducir las hostilidades, por un lado, y por otro, algunas normas tendientes a la protección de ciertas categorías de víctimas de los conflictos armados. Aun fuera del marco del derecho consuetudinario, se destaca el gran número de tratados internacionales bilaterales y multilaterales que contienen normas de ese tipo. Sobre todo tratados de paz, acuerdos internacionales de capitulaciones, rendiciones y ciertos acuerdos de cese de hostilidades (ej. tratados de armisticio).

¹ SWINARSKI, Christophe. *Introducción al Derecho Internacional humanitario*. San José de Costa Rica/Ginebra, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-CICR, 1984. p. 4.

²Ibíd.

El Derecho Humanitario, como parte del derecho internacional de la guerra, tomó características más específicas cuando comenzó a contener normas que se refieren, más específicamente, al régimen general de la protección internacional de las víctimas de conflictos armados. La relativa facilidad con que los Estados miembros de la Comunidad Internacional de aquel entonces procedieron –en 1864 en Ginebra- a la codificación y a la especificación de las primeras normas que protegerían a los heridos y a los enfermos en el campo de batalla, se usó como una prueba, por parte de los defensores del DIH, de que tanto desde el punto de vista de la *opinio juris* (“deber jurídico”) y de la *opinio necessitatis* (“obligación de cumplir un deber jurídico”), los dos elementos que constituyen una norma consuetudinaria, como desde el punto de vista de la conveniencia de aprobar tales normas, la Comunidad Internacional se sentía preparada para establecer un régimen general de protección de las víctimas de la guerra.

El Convenio de 1864 se instituye, desde el punto de vista del Derecho Internacional, como el otorgamiento de la protección de éste a toda una categoría de víctimas como tal. Se quiere representar, también, como la limitación de la soberanía del Estado en la conducción de las hostilidades con respecto a los individuos que están implicados en las mismas. Se trataría, en ambos casos, de medidas de protección, de las cuales la primera es el deber que tienen los Estados en guerra de tomar disposiciones activas para con las víctimas del conflicto armado, mientras que la segunda es una limitación de DIP a la soberanía absoluta *ratione personae* (con respecto al individuo).

Simultáneamente al desarrollo de la protección de las víctimas de conflictos armados, los Estados consideraron necesario poner límites de derecho a los métodos y a los medios de combate. La guerra, paradójicamente considerada aún como una necesidad, no debía ocasionar más sufrimientos ni más

destrucciones que los imprescindibles para el desempeño de su objetivo. Cualesquier medios y métodos tendentes a extenderla más allá de sus fines, causando sufrimientos inútiles, fueron excluidos por la Comunidad Internacional –al menos sobre la formalidad del papel-, y declarados ilícitos desde el punto de vista del DIP. El principio de la guerra lícita, que utilizaría sólo métodos y medios admitidos por el derecho, se había fortalecido en el ámbito de las codificaciones que tuvieron lugar en los años 1899 y 1907 en La Haya con el título de Convenios de La Haya.

Desde el Convenio de Ginebra de 1864, de la Declaración de San Petersburgo de 1868 y de los Convenios de La Haya, el derecho de la guerra se ha pretendido orientar, en el campo del Derecho Internacional convencional, hacia presuntas perspectivas bien articuladas: la protección internacional de las víctimas de conflictos armados, y la limitación de los medios y de los métodos de combate. Estos dos cuerpos de normas son conocidos como Derecho de Ginebra y Derecho de La Haya, respectivamente. El conjunto de ambos cuerpos de normas forma lo que se ha solido llamar *ius in bello*, es decir, la parte del derecho de la guerra por la que se rige el comportamiento del Estado en caso de conflicto armado.

El punto es que el DIH, que se desea asemejar ahora sólo con el *ius in bello*, no permite ni prohíbe los conflictos armados, tanto internacionales como internos, sino que, frente a su desencadenamiento, se entrega al fin de “humanizarlos”, de limitar sus efectos a lo que pueda considerarse como lo estrictamente necesario. El DIH pretende un equilibrio entre las necesidades militares y el principio de humanidad, es decir, entre lo que es necesario para vencer al adversario y lo que simplemente denota crueldad; la civilización de los límites se opone al desenfreno de la barbarie que pueden suponer per se los enfrentamientos armados.

Empero, en los años en que esta nueva orientación hacia el desarrollo del Derecho Internacional ya se había iniciado, el

derecho de la guerra contenía también otro cuerpo de normas cuya finalidad era reglamentar el derecho a hacer la guerra que aún tenía el Estado soberano. Esta reglamentación de la guerra "lícita" se refería a los procedimientos para recurrir a la fuerza y tenía como finalidad excluir del ámbito de las relaciones internacionales el recurso "abusivo" a la guerra, con el objeto de disminuir su frecuencia como medio para solucionar las controversias internacionales. Este cuerpo de normas, conocido como *ius ad bellum* (derecho a la guerra) concretaba el conjunto del derecho de la guerra como rama del DIP.

Según Swinarski, para mediados de la década de los 1980 esta parte del DIP ha desaparecido prácticamente; afirmación cuestionable, teniendo en cuenta el actuar de EE.UU. luego de esa época, en la Guerra del Golfo (liderando la coalición de la ONU en 1990-91) y la Invasión a Panamá (1989). Aparentemente, desde el argumento de Swinarski³, con la prohibición de recurrir a la fuerza, refrendada definitivamente en la Carta de las Naciones Unidas (CNU), los Estados se verían impedidos para resolver sus litigios por ese medio, es decir, mediante conflictos armados. Pero inmediatamente se identifica, desde la oficialidad del CICR, que a la prohibición de esa regla fundamental aparecen tres excepciones⁴:

- 1) Medidas de seguridad colectiva que la ONU puede tomar, como órgano de la Comunidad Internacional, con respecto a un Estado que represente una amenaza para la paz.
- 2) El derecho a recurrir a la fuerza en caso de guerra de liberación nacional. La problemática de la guerra de liberación nacional es, evidentemente, compleja y está sumamente politizada. Se pretenden, sin embargo, reglas que no deben

³ SWINARSKI, Óp. Cit., p. 5.

⁴ *Ibid.* p. 6.

permitir el recurso abusivo al pretexto de la guerra de liberación nacional para infringir la prohibición general de recurrir a la fuerza.

3) La última excepción, considerada la más seria amenaza para el respeto de la prohibición de recurrir a la fuerza, es la que permite la guerra defensiva. Habida cuenta de las dificultades que tiene la Comunidad internacional para definir la noción de agresión y, por lo tanto, la de agresor, así como de la politización a nivel mundial de todo litigio internacional, dada la estructura actual de la Comunidad Internacional, esta excepción a la prohibición general de recurrir al uso de la fuerza pone permanentemente en peligro la observancia de su prohibición.

La última de estas cuestiones, más que una excepción, es una falencia que demuestra el DIH, una condición de manifiesta maleabilidad que ha permitido el terreno para las acciones de la hegemonía político-militar estadounidense, quien ha enarbolado las banderas de la “guerra contra el terrorismo”, cayendo en faltas que, formalmente, debieran de ser sancionadas y, por el contrario, terminan encontrando fundamento legal en el mismo DIH. Además, es contradictorio que la guerra esté prohibida legalmente y se encuentre fuera de lo que es lícito en el Derecho Internacional. Por lo tanto, se ha llegado a una mera desaparición de la figura jurídica –si se quiere textual- del *ius ad bellum*, de manera que lo que se mantendría es el *ius in bello*. Pero, realmente, en éste último, en el derecho aplicable a la guerra, se solapa el derecho de hacer la guerra, cuando se intenta convertir el conflicto armado (ilícito), al menos, en un fenómeno más humano.

Por esta línea de la humanización de la guerra se tiende a definir al DIH como “[...] *el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, por razones*

humanitarias, el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que pueden estar afectados, por el conflicto”⁵.

Así, este DIH, trata de presentarse casi con las mismas características que el derecho clásico de la guerra. Habría normas consuetudinarias confirmadas por tratados multilaterales y normas que ya eran parte de un tratado y que, mediante su aceptación general por la Comunidad Internacional, obtuvieron su valor de normas consuetudinarias. Es, principalmente, el caso de muchas de las normas del Derecho de La Haya, para las cuales los paladines del DIH consideran superfluo tratar de saber si están aún en vigor total o parcialmente, como derecho convencional, puesto que, desde que se aprobaron los Convenios de La Haya, la estructura de la Comunidad Internacional que los elaboró se ha modificado considerablemente. Por otra parte, desde 1864 y por lo que atañe al Derecho de Ginebra, el derecho consuetudinario ha sufrido, a este respecto, modificaciones y “desarrollos” importantes, a los que se han ido añadiendo reglas de origen meramente convencional. El proceso de elaboración del DIH, en este aspecto, se ha ido realizando mediante una serie de tratados multilaterales comúnmente conocidos con el nombre genérico de los Convenios de Ginebra. Por ello, en 1906 se amplió y completó el Convenio de 1864 para adaptarlo a las nuevas reglas de los Convenios de La Haya de 1899. Después de la Primera Guerra Mundial, pareció necesario ampliar, una vez más, el ámbito del Derecho Humanitario y, en 1929, se añadió a la nueva versión del Convenio relativo a los heridos y a los enfermos un nuevo tratado para reglamentar jurídicamente el estatuto de los prisioneros de guerra. En 1949, cuando la Segunda Guerra Mundial hacía

⁵SWINARSKI, Óp. Cit., p. 7.

sentir en la conciencia de la Comunidad Internacional una urgencia originada por los sufrimientos de nuevas categorías de víctimas, se aprobaron los cuatro Convenios de Ginebra que pasan a ser la codificación completa del DIH en vigor. En el primer Convenio se reglamenta la protección de los heridos y de los enfermos en caso de conflicto armado internacional en tierra; el segundo tiene como finalidad la protección de los heridos, los enfermos y los náufragos en caso de conflicto internacional en el mar; en el tercero se rige el trato y el estatuto debidos a los prisioneros de guerra; y, en el cuarto - elaborado por primera vez en 1949- se protege a las personas civiles en los territorios ocupados y a los extranjeros en el territorio del Estado beligerante.

Sólo los Estados Partes en la CNU superan en cantidad a los Estados Partes de los Cuatro Convenios, es de este hecho de donde los defensores del DIH se jactan en proclamar que se trata de un derecho internacional de alcance universal. En los cuatro Convenios de Ginebra figura un artículo común, que es el artículo 3, donde prevé la posibilidad de ampliar la aplicación de los Convenios, más allá de la situación de conflicto armado internacional interestatal, a fin de que los principios fundamentales de este derecho se apliquen también en caso de conflicto no internacional. Desde 1945, entre los conflictos armados, en todo el mundo, los conflictos no internacionales han sido mucho más frecuentes que la guerra entre Estados. Esta situación, junto con el desarrollo de nuevos medios bélicos, dio origen a la necesidad de completar la obra de los Convenios de Ginebra. Así, en Ginebra en 1974, por iniciativa del CICR, el Gobierno suizo convocó una Conferencia Diplomática en la que, durante tres años, los Estados occidentales más poderosos elaboraron instrumentos adicionales a los Convenios de Ginebra, que fueron aprobados en 1977: los Protocolos Adicionales I y II. En el Protocolo Adicional I se completan y se desarrollan las disposiciones de los Convenios de Ginebra aplicables en caso de conflicto armado internacional; también se desarrollan y se

completan ciertas reglas del Derecho de La Haya acerca de los métodos y de los medios para la conducción de las hostilidades. En el Protocolo Adicional II se desarrollan y completan, de conformidad con el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, las reglas aplicables en caso de conflicto armado no internacional.

Ahora, de una manera más concreta se acudirá a la profundización de las especificaciones elementales y determinantes en la constitución histórica, el desarrollo de los fundamentos sustanciales, el papel del CICR y de la Corte internacional de Justicia (CIJ) en la aplicación del DIH, y la relación de éste con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

1.1. Antecedentes históricos del DIH

Aunque los orígenes cercanos de lo que actualmente se conoce como DIH se determinan en el siglo XIX, sus antecedentes más antiguos se pueden ubicar, desde tiempos ancestrales; esto debido a que el fenómeno de la guerra ha coexistido ampliamente con el hombre mismo⁶. A lo largo de la historia se libraron gran cantidad de conflictos bélicos, unos con más crueldad que otros, por lo que no pasó mucho tiempo para que se apuntara a reglamentar algunos aspectos en cuanto a la conducción de las hostilidades. Sin embargo, en algunos casos esta reglamentación no obedecía tanto a un propósito humanitario como a uno puramente táctico o comercial. Así, por ejemplo, la prohibición de matar a los prisioneros de guerra, establecida en tiempos de los antiguos romanos, podría tener como objetivo garantizar la disponibilidad de futuros esclavos antes que respetar la vida de estos combatientes capturados.

⁶ SALMÓN, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos Pontificia Universidad Católica de Perú-Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008.

La regulación sobre la guerra es de larga data. Ya en la época de los sumerios se señalaba que la guerra era un estado gobernado por la ley y se exigía una declaratoria para su inicio así como un acuerdo de paz que le pusiera término. En Babilonia, en tiempos del rey Hammurabi (1728-1686 a. de C.), se garantizaba la protección de los más débiles; los *hititas* garantizaban el respeto a la población civil del enemigo y, al igual que los sumerios, exigían una declaratoria de guerra para el inicio de la misma y un acuerdo de paz para concluirla. Así, en el año 1269 a. de C., firmaron un acuerdo de paz con los egipcios dando fin a la guerra entre estos pueblos. En Persia, Ciro I (700 a. de C.) ordenó que los heridos de guerra del enemigo fuesen tratados como sus propios soldados heridos; y en la India se destaca la Ley de Manú (400 a. de C.), documento avanzado para su época que prohibía el uso de ciertas armas envenenadas y de atacar al adversario rendido y establece algunas disposiciones para la protección de los bienes del enemigo, entre otras⁷.

Ahora bien, a lo largo del desarrollo del DIH, distintas teorías religiosas y pensamientos filosóficos van a influir en su formación. En este sentido se puede observar cómo corrientes nuevas alertan acerca de que la guerra justa no dependía solo del deber de observar las normas de la guerra⁸. Jean-Jaques Rousseau, en su *Contrato social* (1725), señalaba que la guerra no es en modo alguno una relación de hombre a hombre, sino una relación de Estado a Estado en la que los individuos solo son enemigos accidentalmente, por lo que, como la finalidad de la guerra es la destrucción del Estado enemigo, se tiene derecho a matar a los defensores siempre que tengan las armas en la mano; pero, en cuanto las

⁷ GREENWOOD, Christopher. *Historical Development and Legal Basis*. En: FLECK, Dieter (ed.). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford, Oxford University Press, 1995.

⁸ DRAPER, G.I.A.D. *Orígenes y aparición del derecho humanitario*. En: Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario. Madrid, Tecnos/UNESCO, 1990.

deponen y se rinden, dejan de ser enemigos y vuelven a ser simplemente hombres, y ya no se tiene derecho sobre sus vidas⁹. Sin embargo, no sería en estas ideas donde reside el principio humanitario que inspira las normas modernas de DIH, ya que para Grocio el fundamento de su teoría provendría de sus creencias religiosas, mientras que para Rousseau provendría de la razón más que de la compasión.

Serán los distintos acontecimientos ocurridos en el siglo XIX los que darán lugar a los fundamentos del DIH en su versión actual. Por una parte, los horrores de la batalla de Solferino (1859) llevarán al banquero suizo Henry Dunant a proponerla adopción de dos medidas para aliviar el sufrimiento de quienes se enfrentan en batalla: en primer lugar, la fundación en cada país de sociedades privadas de socorro cuya finalidad sería colaborar con los servicios sanitarios militares – que constituye hoy los orígenes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja-, y en segundo lugar, la aprobación de un tratado para facilitar el trabajo de esas organizaciones y garantizar que los heridos reciban un tratamiento apropiado.

Precisamente esta última propuesta, apoyada por el gobierno suizo que convocó a los Estados a participar en una conferencia, dará lugar a la adopción del primer tratado de DIH en 1864, el Convenio para mejorar la suerte de los militares heridos en campaña, y con ello el nacimiento del Derecho de Ginebra, que buscaba proteger a las víctimas de los conflictos armados. Por otro lado, en 1868 se promulga la Declaración de San Petersburgo, que prohíbe el uso de ciertos proyectiles, dando origen al Derecho de La Haya, que limita el uso de ciertos métodos y medios de combate. Este esfuerzo codificador va a continuar y en 1899 y 1907 cuando se celebran las Conferencias de Paz de La Haya en las que

⁹SALMÓN, Óp. Cit., p. 51.

se elaboraron un total de diecisiete convenios limitando la utilización de ciertos métodos y medios de combate. Es así como en 1899 se aprueba el Convenio II relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre y su anexo (Reglamento sobre las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre), donde se señala que las partes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios de combate¹⁰ y se recoge la Cláusula Martens; en 1907 se aprueban, entre otros instrumentos, el Convenio IV relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, el Convenio VIII sobre colocación de minas submarinas automáticas de contacto y el Convenio IX relativo al bombardeo por fuerzas navales en tiempos de guerra, convirtiéndose la guerra marítima en un punto de interés fundamental de esta Conferencia.

En materia de guerra aérea, por su parte, se adoptó en 1899 la Declaración IV relativa a la prohibición de lanzar proyectiles y explosivos desde lo alto de globos o medios análogos, la cual se sustituye en 1907 por la Declaración XIV relativa al lanzamiento de proyectiles y explosivos desde lo alto de globos. Otro factor importante en el desarrollo del DIH son las Instrucciones para la conducción de los ejércitos de los Estados Unidos en campaña conocidas como el Código de Lieber¹¹ y promulgadas en 1863 mediante Orden no.100 por Abraham Lincoln durante la guerra civil de los Estados Unidos de América. Este código, a pesar de ser una norma interna, tuvo una gran influencia por su contenido, que va desde normas que restringen el uso de ciertos métodos y medios de combate (la sección I se refiere a la jurisdicción militar y prohíbe la perfidia y el uso de armas envenenadas) hasta normas que buscan proteger a las víctimas de los conflictos armados (la sección II se refiere a la propiedad pública y

¹⁰ Artículo 22. Reglamento sobre las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre.

¹¹ CARNAHAN, Burrus. *Lincoln, Lieber and the Law of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity*. AJIL, vol. 92, no.2, 1998, pp. 213-231. Citado por: SALMÓN, Óp. Cit., p. 53.

privada del enemigo; protección de personas ,especialmente de mujeres, y de la religión, las artes y las ciencias) recogiendo el principio de necesidad militar.

Este movimiento codificador continuó durante el siglo XX, cuyas dos guerras mundiales dieron lugar a la adopción de numerosos tratados que se complementan entre sí. De esta manera, no solo se ampliaron las categorías de víctimas a ser protegidas y se señalaron mayores límites a los métodos y medios de combate, sino que además se establecieron unos supuestos mecanismos para determinar la responsabilidad de quienes transgreden las normas de DIH. Evidentemente, las Conferencias de Paz de fines del siglo XIX e inicios del XX no pudieron evitar el desencadenamiento de la Primera Guerra Mundial. Los enfrentamientos producidos entre 1914 y 1918 pusieron de manifiesto las múltiples deficiencias del DIH¹², en respuesta a lo cual se incrementaron las normas sobre la materia adoptándose el Protocolo sobre la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares, en 1925, y los Convenios de Ginebra relativos al trato de prisioneros de guerra y al mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña de 1929. No obstante, las Reglas sobre la Guerra Aérea elaboradas en La Haya (1923) fracasaron al no ser aprobadas con carácter vinculante. Empero, diez años después de la adopción de esta última regulación estalló nuevamente una segunda conflagración bélica de resultados nefastos e insospechados.

¹²DRAPER, Óp.Cit., p. 90.

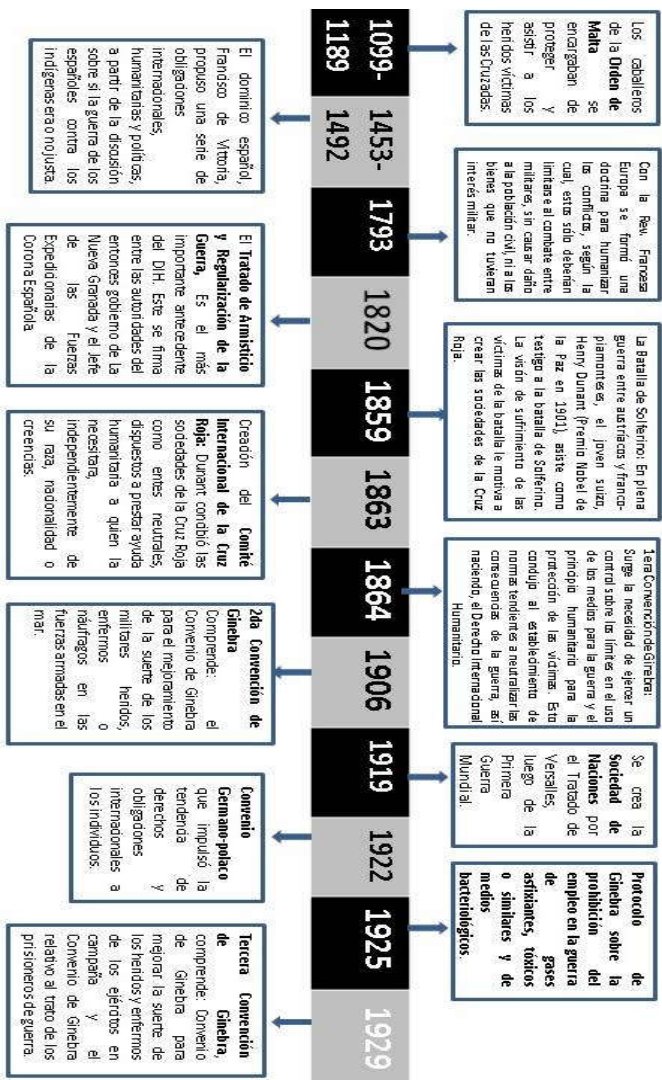


Gráfico 1. Antecedentes y desarrollos históricos del DIH antes de la Segunda Guerra Mundial.

La guerra global contra el terrorismo: Lectura analítica de los fundamentes del derecho internacional humanitario 39

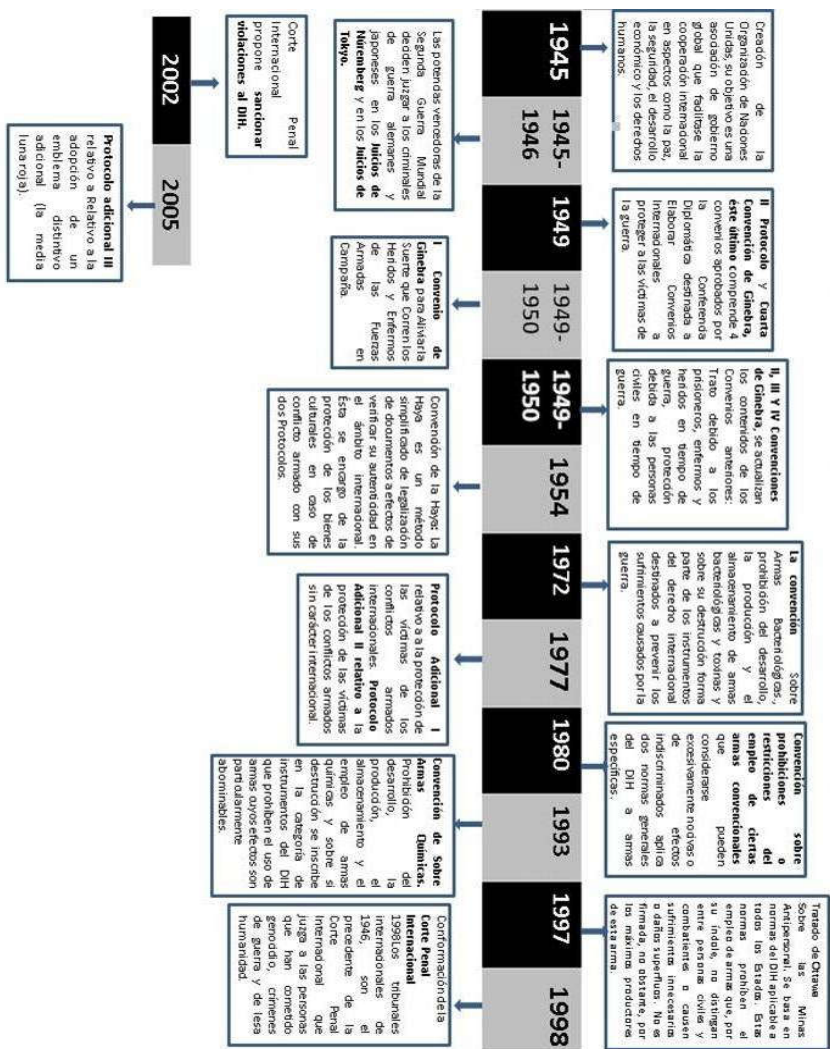


Gráfico 2. Antecedentes y desarrollos históricos del DIH antes de la Segunda Guerra Mundial.

La Segunda Guerra Mundial trajo consigo serios cuestionamientos sobre la conducta de las partes durante las hostilidades. Esto produjo casi inmediatamente una respuesta de la Comunidad Internacional. Esta vez no sólo se adoptaron nuevos tratados con el fin de mejorar y complementar las normas existentes, sino que se establecieron mecanismos de represión criminalizando las conductas que transgredían las normas humanitarias en ese momento. Es así que en 1949 se adoptan en Ginebra los ya mencionados cuatro Convenios para proteger a distintas víctimas de los conflictos armados: Convenio I para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, Convenio III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y Convenio IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra. Adicionalmente, se instalaron los tribunales de Núremberg y Tokio para sancionar a quienes habían violado el *ius in bello* entonces vigente.

Otra consecuencia importante para la transformación del DIH tras la Segunda Guerra Mundial es la formación de la ONU. Si bien en un principio esta entidad no se interesó por regular los conflictos armados, este tema iría asumiendo un rol cada vez más importante por los acontecimientos que continuaron sucediéndose a nivel internacional. Esta organización va a tratar temas como el respeto a los Derechos Humanos en el marco de los conflictos armados y la instauración de mecanismos internacionales para sancionar estas violaciones, llegando inclusive a auspiciar tratados para limitar ciertos medios y métodos de combate, y realmente se ha hecho cargo, a través del Consejo de Seguridad, del *ius ad bellum*, supuestamente desaparecido. Todo este marco jurídico es el que se va a conocer luego como el Derecho de Nueva York.

1.2. Caracteres principales del DIH

Uno de los signos característicos del DIH contemporáneo es lo que se ha denominado como el “proceso de humanización” de la guerra. Esto denotaría que, a diferencia del derecho

internacional tradicional, el DIH poseería un carácter moderno en tanto atendería a la protección y promoción de la dignidad del ser humano en la esfera internacional, como algunas de sus preocupaciones centrales. El DIH, en cierta medida, se quiere exponer como pionero en esta preocupación, ya que desde sus orígenes se presentaría como un Derecho que busca la protección de los intereses del ser humano en situaciones límite como son los conflictos armados. Así, y aunque es parte del DIP, el DIH busca distinguirse a partir de una serie de caracteres particulares que se percibirían tanto en el proceso de generación de sus normas como en su interpretación y aplicación. Asimismo, al no responder a la lógica del sinalagma contractual (contrato bilateral en el intercambio de prestaciones) o al equilibrio de los derechos y obligaciones, las disposiciones del DIH apuntarían a disponer de un carácter incondicional, general y que tienda a lo imperativo.

Los tratados del DIH –al igual que los tratados de DDHH– mantienen todo un acervo conceptual de los tratados en general pero, a diferencia de la mayoría de los tratados, textualmente no establecen sólo obligaciones entre los sujetos que los celebran –en el caso del DIH los Estados–, sino que establecen obligaciones con los individuos que están sometidos o pueden estar sometidos (ej. en caso de ocupación) a la jurisdicción de los Estados. En efecto, un principio fundamental del Derecho de los Tratados sería el carácter recíproco de los mismos. Esto quiere decir que el compromiso internacional contiene –o mejor aspira a contener– un equilibrio de derechos y obligaciones entre sus partes. Pero es el consentimiento de los Estados como principio fundamental del Derecho de los Tratados (*ex consensu advenit vinculum*) lo que prevalece, lo que se manifiesta en estos tratados, en tanto tales. Además, sólo se vinculan a aquellos los Estados que los acepten y no al resto (efecto relativo de los tratados). La posibilidad de formular

reservas o denuncias permanecería prácticamente sólo a los Estados. Empero, cabría formular al menos dos matices: el primero consistiría en que la denuncia no surtiría efectos jurídicos mientras la parte denunciante está envuelta en un conflicto armado, es decir, la posibilidad de denunciar el tratado se encuentra mediatizada por un período de suspensión que posterga sus efectos jurídicos hasta el término del conflicto armado; la segunda restricción se refiere a los efectos vinculados al incumplimiento de los tratados sinalagmáticos; así en los tratados de DDHH el incumplimiento de éstos por parte de un Estado no facultaría, como sí podría hacerlo en otros tratados, al incumplimiento de los mismos por los otros Estados parte. Al respecto el artículo 60.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece que la suspensión o eventual terminación de un tratado como consecuencia de su violación¹³ no se aplicaría a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

Esta aparente condición de reciprocidad, conocida como *inandiplenti non estadimplendum*, se fundamentaría en la igualdad, la soberanía de la independencia de los Estados y estos principios también se aplicarían en los cuatro Convenios de Ginebra en los que se participa con unas expectativas fundadas en el beneficio mutuo. Los pretendidos principios de humanidad que reflejan, a su vez, valores fundamentales de la comunidad no contienen necesariamente, y en todos los casos, el carácter consuetudinario de las normas humanitarias, sino más bien la pretensión de su afirmación en principios fundamentales del Derecho Internacional. En cualquier caso el carácter que quiere instituirse como general del DIH se manifiesta en al menos dos caracteres. El primero

¹³SALMÓN, Óp. Cit., 161.

se refiere a los efectos retardados de la denuncia en caso de encontrarse participando en un conflicto armado. Esto efectivamente apunta a la conciencia pública. Asimismo, y en segundo lugar, las normas de DIH son normas de carácter *erga omnes* ("respecto de todos" o "frente a todos") porque los Estados han asumido una doble obligación que consiste en respetar y hacer respetar las normas del DIH (artículo 1 común a los Convenios de Ginebra). Una obligación (la de respetar) se asumiría en el marco del ordenamiento interno de cada Estado y la otra (la de hacer respetar), frente a todos los Estados y a la Comunidad Internacional. En esta medida, los Estados, específicamente las potencias, juegan tanto el papel de creadores de las normas como el de principales aplicadores; los Estados poderosos cumplen el desdoblamiento funcional¹⁴ y construyen asimétricamente el Derecho Internacional. Esto implica que todo Estado tendría, por ejemplo, el deber de aceptar que, dada la existencia de un conflicto armado no internacional en su territorio, otros Estados se interesen en la aplicación de las normas mínimas humanitarias del artículo 3; a esto ha apelado especialmente EE.UU.¹⁵, como sedicente guardián de la dignidad humana, para sus intervenciones en países con "no democráticos" en Medio Oriente.

La aceptación prácticamente "universal" de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales parece restar efectos concretos al carácter general del DIH, dado que la gran mayoría de Estados se encontraría ya obligada por las normas humanitarias convencionales. No obstante, debe

¹⁴ Artículo 44.3 Protocolo Adicional I.

¹⁵ ESTADOS UNIDOS. DEPARTAMENTO DE ESTADO. *Estrategia de Seguridad de Estados Unidos: Defender al país de sus enemigos es compromiso fundamental con el pueblo norteamericano*. 2002. Óp. Cit.; y, ESTADOS UNIDOS. THE WHITE HOUSE. *The National Security Strategy of The United States of America*. The White House, marzo de 2006. Disponible en la web: <http://www.bits.de/NRANEU/others/strategy/nss2006.pdf>

tenerse en cuenta al menos dos precisiones. La primera consiste en que las normas humanitarias codificadas no agotarían todo el espectro de normas y principios humanitarios posibles. En segundo lugar, aunque más “universales” que casi cualquier otro tratado (sólo la Convención sobre los Derechos del Niño con 192 estados partes supera a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales), existe un número de Estados que no ha ratificado los tratados de DIH como, por ejemplo, el Protocolo Adicional I, que no cuenta con la aceptación de Estados como EE.UU., India, Irak, Japón, Israel, Pakistán, Somalia y Turquía, entre otros. Varias ratificaciones han sido formuladas con reservas y, finalmente, no puede ignorarse que el ámbito de posibles actores de la violencia excede a la figura del Estado. Esto aunado a la indeterminación, siempre presente, del contenido del Derecho Humanitario consuetudinario, hace que la caracterización del DIH como un Derecho general obligatorio per se frente a todos los involucrados en un conflicto, más allá de todo vínculo convencional, revista efectos aparentemente importantes al momento de exigir el respeto de, al menos, las disposiciones elementales que lo conforman. Los tratados de DIH constituyen, desde un punto de vista jurídico, normas internacionales y, como tales, tendrían por definición carácter obligatorio. Es decir, el Estado que es parte de un tratado (en general) y de un tratado del DIH (en particular) incurriría en responsabilidad internacional si incumple con las disposiciones de los mismos. Ahora bien, los Convenios de Ginebra destacan por encima de cualquier otro tratado en vigor por su finalidad y régimen de derechos y obligaciones pues, como ya se ha señalado, se encuentran vinculados a un objetivo indisponible para los Estados que es la protección de la persona humana en aquellas situaciones en que más peligran su vida y su dignidad, sin comprometerse con el contenido político y civil que podría tener ese último concepto. Las normas humanitarias se desean encauzar al despliegue de efectos jurídicos en contextos de conflicto armado. No obstante, debido a la naturaleza no auto-ejecutiva de sus

disposiciones, los Estados quedan con la responsabilidad discrecional de cumplir, en tiempo de paz, con una obligación fundamental para la correcta aplicación de las normas humanitarias, a saber, la obligación de implementación. En efecto, hacer parte de los Convenios no es suficiente, sino que es necesaria voluntad colaborativa de los Estados en la adopción de mecanismos internos de aplicación que proporcionen el marco jurídico para hacer efectivo el valor normativo y moral que pretenden las normas humanitarias.

1.2.1. Principios regentes

Todo el DIH se inspira, de manera un tanto romántica, en un conjunto de principios humanitarios que tienen una importancia capital en tanto expresarían la sustancial tema y servirían de líneas directrices en los casos no previstos. Estos principios pueden encontrarse formulados en los tratados (como el referente a la distinción entre combatientes y población civil contenido en el artículo 48 del Protocolo Adicional I) o figurar de manera figuradamente implícita (ej. cuando el artículo 3, partiendo de la obligación de distinción, protege a las personas que no participan directamente en las hostilidades) o encontrarse en la costumbre internacional (como la Cláusula Martens, presente también en el Preámbulo del Convenio de La Haya sobre medios y métodos de combate de 1907, en los artículos 63, 62, 142 y 158 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente y en el artículo 1 del Protocolo Adicional I). En esta medida, los principios representarían el mínimo de humanidad aplicable en todo tiempo, en todo lugar y en toda circunstancia, válidos incluso para los Estados que no sean partes en los Convenios dado que expresan la costumbre de los pueblos.

Ahora bien, estos principios no pretenderían reemplazar las normas convencionales, sino guiar su interpretación dándole el sentido más acorde con el objetivo mayor del DIH, que no

es otro que el de proteger a las víctimas de los conflictos. Tanto las normas aplicables a los conflictos internacionales como a los internos contienen principios y finalidades comunes que consisten en garantizar que todos los combates armados sean librados respetando los mínimos de humanidad. Aquí jugarían unos principios básicos: el de distinción y el de humanidad. El principio de distinción establece que solamente los que participan en las hostilidades –ante la inexistencia, en el marco de los conflictos internos, del estatuto jurídico de combatiente-, y los objetivos militares podrían ser objeto de ataques, no pudiendo, por ende, atacarse a la población civil, que en todo tiempo y circunstancia debería ser respetada. Sin perjuicio de ello, debe siempre aplicarse a favor de combatientes y no combatientes el principio de humanidad que consiste en respetar y tratar a todas las personas con humanidad, tanto a los combatientes, a quienes no se les hará padecer sufrimientos innecesarios, como a los no combatientes, quienes en todo momento deberán ser tratados con humanidad. Es decir, que mientras el principio de distinción separa a los que combaten de los que no, el principio de humanidad los une en una misma protección. El principio de distinción sintetizaría, a su vez, otros principios que apelan a regular los ataques, a saber: el objetivo militar, el principio de proporcionalidad el principio de necesidad militar. El “objetivo militar” significa que sólo se podría atacar bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezcan una ventaja militar definida¹⁶. El concepto es relativo en sí mismo ya que un bien puede revestir la característica de objetivo militar y luego abandonarla o viceversa.

También los que participan en las hostilidades pierden los beneficios acordados a los civiles en actitud pacífica, aunque

¹⁶Artículo 52, inciso 2 del Protocolo Adicional I.

en casos de duda sobre la condición de una persona se presumiría que ésta es civil. Por su parte, en caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles –tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela–, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumiría que no se utiliza con tal fin. Cuando se atacan objetivos militares debería respetarse además el principio de “proporcionalidad”, que exige que el efecto entre los medios y métodos de combate escogidos y utilizados, no sea desproporcionado con la ventaja militar que se busca obtener. Esto significa que quedaría prohibida toda forma de violencia que no sea indispensable para someter a la contraparte en conflicto, que sería solo aquella de carácter militar. Cuando son atacados objetivos militares, las personas civiles y los bienes de carácter civil deberían ser preservados lo más posible de daños incidentales y estos además no deben ser excesivos con respecto a la directa y concreta ventaja militar esperada de cualquier ataque contra un objetivo militar. Pero en la realidad la determinación de qué es militar y qué es civil queda a discreción del atacante, con poca capacidad de definición por parte de organismos como el CICR en un conflicto concreto. No obstante, este principio, a su vez, se encontraría ligado con el principio de “necesidad militar”, que justificaría aquellas medidas de violencia militar que son necesarias proporcionadas para garantizar el rápido sometimiento del enemigo con el menor costo posible en vidas humanas y recursos económicos (nótese que se apuntaría al cálculo económico sobre la vida humana, como mero dato estadístico). Es decir que en el transcurso de las operaciones militares sólo se deberían tomar las medidas necesarias para obtener el objetivo propuesto.

El principio de “limitación”, establece que el derecho a elegir los métodos y medios de combate no es ilimitado, sino que deberían atenderse razones humanitarias. Este principio rechazaría el recurso a la necesidad militar para justificar un

interés militar absoluto, limitando estrictamente la libertad de los “beligerantes” en la elección de los medios y métodos de combate en sus operaciones. De este mismo principio se derivaría el de “prohibición de causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios”, que tendrían por finalidad prohibir las armas pensadas para ocasionar efectos innecesarios en relación con el fin de dejar a los enemigos fuera de combate. En efecto, en el marco de las operaciones militares debe haber un equilibrio entre el daño causado, el sufrimiento infligido al enemigo y la eficacia militar. A nivel de la práctica estatal, este principio ha tenido hasta tres interpretaciones principalmente. La primera de ellas, seguida por EE.UU., señala que las armas que causan sufrimiento innecesario pueden sólo ser determinadas a la luz de la práctica de los Estados, implícitamente en el suyo propio; la segunda interpretación, planteada por Alemania, sostiene que es necesario hacer un análisis de proporcionalidad para determinar si la utilización de un arma es lícita; y la tercera interpretación, propuesta por Japón, sostiene que es necesario hacer una comparación entre los efectos de una determinada arma con aquellas que han sido objeto de una determinada prohibición¹⁷. Otro principio, ligado a los anteriores antes mencionados, consistiría en la “protección del medio ambiente natural”, cuestión que apareció como tema pertinente en el ámbito internacional hacia fines de la década de 1960, pero el factor detonante para su inclusión en el marco del DIH fue la deforestación a gran escala llevada a cabo durante la guerra de Vietnam como método de combate. Este principio derivaría del carácter limitado de la elección de los métodos de combate por las partes y, partiendo del hecho de que todo conflicto armado dañaría el medio ambiente natural, se busca impedir la utilización de la destrucción de este como método de combate.

¹⁷Ibíd., p. 57.

Ahora, se ahondará en el trascendente papel de CICR como garante y defensor del DIH, aparte de los Estados.

1.3 El papel del Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Corte Internacional de Justicia

Si bien los Convenios de Ginebra son tratados multilaterales elaborados por los Estados en el ámbito de las Conferencias Diplomáticas, y sí, desde el primer Convenio de Ginebra de 1864, el Gobierno suizo es el que toma la iniciativa de convocar tales Conferencias, hay un factor que no se debe olvidar cuando se considera el desarrollo de una gran parte del DIH. Ese factor es el Comité Internacional de la Cruz Roja. Fundado en 1863, con el impulso de las ideas de H. Dunant, el CICR, que junto con 133 Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y con la Liga de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja forman el Movimiento Internacional de la Cruz Roja. El CICR ha planteado en el proceso del desarrollo de esta rama del DIH un cometido concreto. Esta Institución, fundada en Suiza y por ciudadanos suizos, y que conserva hasta el día de hoy su carácter mononacional, establecería, al menos formalmente, por su acción y por las ideas que de ella resultaron, la moción para todos los instrumentos del Derecho de Ginebra.

El CICR actuó en pro de la convocación de la Conferencia que aprobó el Convenio de 1864. Durante la Primera Guerra Mundial, el CICR intentó una amplia acción en favor de la protección y de la asistencia a los prisioneros de guerra, sin que esta competencia se le asignase en un convenio internacional, puesto que tal Convenio basado en su experiencia al respecto, sólo fue aprobado en 1929. La intención del CICR en favor de las víctimas civiles de la Segunda Guerra Mundial tampoco se fundaba en una

competencia convencional, ya que fue en 1949 cuando en el IV Convenio de Ginebra se le confirió. La acción que actualmente apunta a realizar el CICR, por lo que respecta a detención y en favor de las víctimas de disturbios interiores y de tensiones internas, tampoco se fundamenta en la competencia que le confieren los tratados internacionales. Se puede poner de relieve una constante en el desarrollo del Derecho de Ginebra, a saber, que la acción del CICR precede a la aprobación de los instrumentos internacionales en los que se fundamenta. Si en el Derecho de Ginebra, como en las demás ramas del DIH, el hecho precede al derecho, en esta rama el autor de este hecho era, casi siempre, el CICR.

Paralelamente a la influencia que ejercía la acción del CICR sobre el desarrollo del DIH que el CICR ha tenido una gran injerencia en la convocación de las Conferencias Diplomáticas que aprobaron los instrumentos de Ginebra. Los trabajos preparatorios que precedieron a esas Conferencias se inspiraron, en gran parte, en las ideas del Comité, que casi siempre tomó la iniciativa— ¿independiente?— de convocarlos y de auspiciarlos. En los Convenios de Ginebra, así como en los Protocolos, se confirieron al CICR competencias internacionales en varios ámbitos de la asistencia y de la protección a las víctimas de los conflictos armados. Es un caso *sui generis* en la historia del Derecho Internacional que a una institución privada se le asignen, en virtud de tratados, competencias propias en el ámbito internacional. Junto con los Estados partes, a los que incumbe la responsabilidad primera de la aplicación de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos Adicionales, el CICR también es titular de varios derechos y obligaciones. Así, más en el derecho que en los hechos, esta Institución es un verdadero agente internacional al cual estarían encargadas la aplicación y la ejecución del Derecho de Ginebra.

Por otro lado, el CICR le reconoce un papel importante — aunque sobrevalorado— a la actuación de apoyo por parte de

la Corte Internacional de Justicia (CIJ, también llamada Tribunal Internacional de Justicia). La CIJ se presenta como el principal órgano judicial de la ONU. Fue establecida en 1945, en La Haya siendo la continuadora, a partir de 1946, de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Sus funciones principales son resolver por medio de sentencias las disputas que le sometan los Estados (procedimiento contencioso) y emitir dictámenes u opiniones consultivas para dar respuesta a cualquier cuestión jurídica que le sea planteada por la Asamblea General (AG) o el Consejo de Seguridad, o por las agencias especializadas que hayan sido autorizadas por la AG de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas (procedimiento consultivo).

En un artículo de 2003, en la coyuntura central de la cruzada antiterrorista, para la Revista Internacional de la Cruz Roja, el consultor para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) Vincent Chetail¹⁸ hizo una argumentación en pro de resaltar las supuestas contribuciones de la CIJ al DIH. Allí se sostiene que, como principal órgano judicial de DIP, la CIJ contribuye a la interpretación de los valores fundamentales que la Comunidad Internacional ha expresado a través del DIH. Las decisiones judiciales no serían, por sí mismas, una fuente del derecho, pero los dictámenes de la CIJ serían unánimemente considerados como la mejor expresión del contenido del Derecho Internacional vigente. Desde la perspectiva del Derecho Internacional general, la jurisprudencia internacional sería, entonces, de suma importancia para determinar el marco jurídico del DIH.

¹⁸ CHETAIL, Vincent. *La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario*. Revista Internacional de la Cruz Roja, 30 de junio de 2003. Disponible en la web: www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5uamwj.htm

La jurisprudencia de la CIJ sería una importante contribución en dos aspectos: por un lado, esclarecería la relación entre el DIH y el Derecho Internacional general; por otro, elucida el contenido de los principios fundamentales del DIH. Asumiendo que el DIH contemporáneo está compuesto por un complejo conjunto de normas convencionales, unas normas consuetudinarias y el *ius cogens* (derecho imperativo o perentorio), es éste último al que la jurisprudencia de la CIJ ayudaría a esclarecer e interpretar. En su Opinión consultiva del 8 de julio de 1996 sobre la “Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares”, la CIJ reconocía explícitamente la unidad básica del DIH. Dejaría en claro que esa rama del Derecho Internacional abarca tanto las normas relativas a la conducción de las hostilidades como las que protegen a las personas que están en poder del adversario. De este modo, la CIJ traza la evolución histórica del DIH. Los numerosos tratados de Derecho Humanitario expresan la constante preocupación de la Comunidad Internacional por mantener y preservar normas fundamentales en el contexto específico de los conflictos armados, donde la primacía del derecho resulta particularmente amenazada. Según la propia expresión de la CIJ, el conjunto de normas convencionales aplicables en tiempo de conflicto armado sería fundamental para el respeto de la persona humana y de consideraciones elementales de humanidad.

Mediante esta expresión, la Corte subraya que el DIH y el DIDH comparten los mismos valores éticos fundamentales. A pesar de los fundamentos históricos diferentes y de las especificidades normativas de cada una, la preocupación principal de ambas ramas del Derecho Internacional es la dignidad humana. Se originan en la misma fuente: las leyes de humanidad. Además de reconocer este marco conceptual común, la Opinión consultiva sobre la Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares contribuye a una mejor comprensión de la relación entre tratados de DIH y del DIDH. En realidad, la Corte confirma la convergencia y la

complementariedad de estas dos ramas del derecho y reconoce la aplicabilidad permanente del DIDH en tiempo de conflicto armado

Por consiguiente, el DIH podría ser considerado como una especie de la categoría más amplia del DIDH. No es ésta una distinción en lo que se refiere a su naturaleza intrínseca, sino una distinción basada en el contexto de aplicación de normas concebidas para proteger a los seres humanos en diferentes circunstancias. A pesar de que, en el presente caso, el derecho a la vida, tal como lo garantiza el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no añade nada sustancial al Derecho Humanitario vigente, el reconocimiento que realiza la Corte de la aplicabilidad permanente de los tratados de derechos humanos en tiempo de conflicto armado reviste una importancia considerable por dos razones principales: en el plano sustantivo, las disposiciones de los tratados de derechos humanos irían más allá del Derecho Humanitario convencional y llenan algunos vacíos normativos, particularmente en lo que respecta a situaciones de conflicto armado no internacional y de disturbios internos. En el plano procesal, los tratados de derechos humanos contendrían mecanismos sofisticados de aplicación que pueden completar los mecanismos más rudimentarios previstos para la aplicación del DIH, basados principalmente en una perspectiva preventiva y orientada hacia el Estado.

La entremezcladura de derecho convencional y derecho consuetudinario confirmaría que, a diferencia de lo que comúnmente se cree, la costumbre no puede reducirse sólo a principios jurídicos generales, sino que podría ser tan detallada y técnica como las disposiciones convencionales. Pero la conclusión de la CIJ fue esencialmente declarativa y no se consideró necesario examinar la *opinio juris* ni la práctica de los Estados relativas a la naturaleza consuetudinaria de los Convenios de Ginebra. La Corte

pareció considerar que el carácter intrínsecamente humanitario de los Convenios de Ginebra la dispensaba de todo debate explícito sobre el proceso por el cual las obligaciones convencionales reflejan o llegan a ser obligaciones consuetudinarias. La Opinión consultiva de 1996 sobre la Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares dio la oportunidad a la Corte de ofrecer una justificación a posteriori de lo que había afirmado diez años antes. En esa Opinión, la Corte comienza por recordar la importancia de los valores humanitarios en que se funda el derecho de los conflictos armados en su conjunto. La Corte confirma que la amplia mayoría de las disposiciones de los Convenios de La Haya y de Ginebra expresan el derecho consuetudinario. Sin embargo, es menos categórica con respecto a las disposiciones del Protocolo I, recordando que todos los Estados están regidos por las normas del Protocolo adicional I que, en el momento de su aprobación, eran la mera expresión del derecho consuetudinario preexistente.

Así pues, la Corte sugiere que el Protocolo I es sólo en parte una codificación de normas consuetudinarias de Derecho Humanitario. Sin embargo, esta calificación de la naturaleza declarativa del Protocolo I no significa que muchas de sus disposiciones, que no codificaban la costumbre en el momento de su aprobación, puedan ser hoy día consideradas como normas consuetudinarias. Tradicionalmente vinculado con la noción de orden público internacional, el concepto de *ius cogens* supone que existen algunas normas tan fundamentales para la Comunidad Internacional que los Estados no pueden derogar. La CIJ ha tratado el tema del *ius cogens* o de conceptos relacionados, como las obligaciones *erga omnes*, en varios contextos estrechamente vinculados con el DIH, es decir los derechos humanos fundamentales, la prohibición de amenaza o de uso de la fuerza, y el derecho de los pueblos a la autodeterminación. La primera referencia que la Corte hizo de la noción de obligación *erga omnes* se relacionó con la prohibición del genocidio. En su Opinión

consultiva sobre Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio del 28 de mayo de 1951, la Corte hizo hincapié en la naturaleza particular de esta Convención, de modo tal que reconoce implícitamente que la prohibición del genocidio constituye una obligación *erga omnes*.

La Corte fue mucho menos clara con respecto al carácter jurídico de las normas aplicables a la conducción de las hostilidades y la protección de las víctimas de conflictos armados. En su Opinión consultiva sobre la Licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares, la Corte afirmó que no tenía necesidad de tratar la cuestión de si esas normas forman parte del *ius cogens* o no. Consideró que el pedido de la AG planteó la cuestión de la aplicabilidad del DIH con respecto al uso de armas nucleares, pero no la del carácter jurídico de esas normas. De ese modo, la Corte perdió la oportunidad de esclarecer la condición de *ius cogens* en el DIH. No obstante, la Corte reconoció que las normas fundamentales de Derecho Humanitario debían ser respetadas por todos los Estados, hayan ratificado o no las convenciones en que están inscritas, pues constituían principios inquebrantables de Derecho Internacional consuetudinario. Esta última expresión no pertenece al vocabulario jurídico existente y antes era desconocida en el Derecho Internacional.

Sin embargo, es de lamentar que la Corte plantee la cuestión de la naturaleza fundamental del DIH sin esclarecer el vínculo existente entre este cuerpo de normas internacionales y su potencial carácter de normas imperativas de Derecho Internacional general. No obstante, más allá de las incertidumbres acerca de la posición definitiva de la Corte sobre esta cuestión, la jurisprudencia de este órgano ha contribuido, sin duda, a la identificación de los principios

fundamentales de Derecho Humanitario que pueden ser considerados como normas de *ius cogens*

Si bien pocas son las decisiones de la Corte Internacional de Justicia relativas al DIH, Chetail¹⁹ considera que su jurisprudencia reviste una importancia muy significativa, que se extiende más allá de los casos inmediatos con que se relaciona. Aunque se lamenta de la posición cautelosa y algo ambigua de la Corte respecto de la compatibilidad de la amenaza o del uso de armas nucleares con el DIH, asevera que la jurisprudencia de la Corte en su conjunto ha ayudado, de hecho, a fortalecer y esclarecer el cimiento normativo del DIH, al poner en evidencia sus relaciones con el Derecho Internacional general y establecer los principios fundamentales que regulan la conducción de las hostilidades y la protección de las víctimas de la guerra. Si bien la Corte ha reconocido que las normas fundamentales de DIH estipuladas en tratados multilaterales sobrepasan el ámbito del mero derecho convencional y que estas obligaciones tienen una existencia separada e independiente bajo el Derecho Internacional general (pues derivan de los principios generales de Derecho Humanitario a los que los Convenios sólo han dado expresión específica) no ha dejado de fallar, sin profundizar en investigaciones, a favor de sus forjadores: las potencias de Occidente. Los principios fundamentales de Derecho Humanitario que la CIJ ha identificado proporcionan una síntesis del derecho de los conflictos armados y constituirían la quintaesencia normativa de esta rama tradicional del Derecho Internacional a la manera en que le han determinado el pensamiento jurídico occidental. Expresarían, para Chetail, lo que la Corte ha llamado consideraciones elementales de humanidad. Así pues, como principios generales de Derecho Internacional, proporcionarían un criterio mínimo de conducta humana en el contexto particular de los conflictos armados.

¹⁹ CHETAİL, *Ibid.*

Estas normas reflejan uno de los desarrollos más significativos del Derecho Internacional contemporáneo, caracterizado por el surgimiento de normas fundamentales destinadas a proteger algunos valores universales primordiales. El DIH mismo preserva un conjunto de valores éticos fundamentales basado en un mínimo de normas humanitarias esenciales, que constituyen el legado jurídico común de la humanidad. La Opinión de la Corte, especialmente cuando se considera junto con los distintos dictámenes individuales y dictámenes disidentes, abunda en declaraciones e interpretaciones relativas al DIH y a la relación entre este conjunto de normas y otros ámbitos del Derecho Internacional, pero esto se ha quedado en un cúmulo de formalidad normativa que no es aplicable imparcialmente y en todos los casos en que debiera hacerse, tal y como los son las transgresiones por parte de las fuerzas armadas intervencionistas de las potencias occidentales al derecho de los civiles de Estados como Irak.

1.4 Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos

La cuestión del lugar que ocupa el DIH en el conjunto del DIP es particularmente compleja cuando se trata de las relaciones entre ese derecho y el sistema de la protección del individuo que resulta de los instrumentos internacionales de los DDHH. Desde que, en 1948, se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, y durante la elaboración de los instrumentos universales de ese derecho –como los Pactos de 1966 y la entrada en vigor de los sistemas regionales de los DDHH, por ejemplo, los sistemas europeo e interamericano-, surgieron, con frecuencia, controversias teóricas y, aún más a menudo, confusiones prácticas, acerca del respectivo ámbito de aplicación de los DDHH y del DIH.

Al respecto, la Conferencia de Derechos Humanos, convocada en Teherán, en 1968, por la ONU, resulta particularmente interesante para el concepto de las relaciones entre DDHH y DIH. En su resolución XXIII, la Conferencia destacó que la paz sería primordial condición para el pleno respeto de los DDHH, y que la guerra es la negación de ese derecho y que, por consiguiente, es muy importante procurar que las reglas humanitarias aplicables en situaciones de conflicto armado sean consideradas como reglas que son parte integrante de los DDHH. Así se llegó a un concepto del DIH como los DDHH en período de conflicto armado²⁰.

El DIH se plantea como un derecho de excepción, de urgencia, que interviene en caso de ruptura del orden jurídico internacional, mientras que los DDHH, aunque algunos de ellos son incuestionables en toda circunstancia, se aplican, especialmente, en lo que se determina como “tiempo de paz”. En el DIH (*lex specialis*), hay reglas más detalladas que en los DDHH para la protección de las personas en situaciones de conflicto armado, y aun así no garantizan su aplicabilidad y aplicabilidad per se. Mientras en los DDHH figuran disposiciones que, en la práctica, son difíciles de aplicar durante un conflicto armado, como la libertad de reunión y de asociación, así como ciertos derechos económicos, sociales o culturales. Los mecanismos de aplicación de estas dos ramas del derecho son diferentes, así como las instituciones encargadas de desarrollarlos y promoverlos, como el CICR por lo que atañe al DIH, y las organizaciones internacionales universales –como la ONU-, o regionales –como la Comisión y la Corte Interamericanas o la Comisión y el Tribunal Europeos- en lo que se refiere a los DDHH.

El DIH y los DDHH se quieren plantear como complementarios desde el punto de vista del respectivo ámbito de aplicación. Ambos cuerpos de reglas se

²⁰ SWINARSKI, Óp. Cit., p. 10.

autoproclaman como observadores de una misma preocupación, como lo es el respeto de la dignidad humana. Pero, como se recalcó anteriormente, a pesar de la prohibición formal de recurrir a la fuerza, afectan constantemente a la Comunidad Internacional conflictos que producen nuevas categorías de víctimas. Cree Swinarski, -de una manera algo incauta que: *“Aunque pudiera parecer que el derecho internacional humanitario legitima la existencia de conflictos armados, sólo se trata de una infundada apariencia. Nadie tiene interés en que la fuerza empleada ilícitamente lo sea, además a ciegas, al margen de toda regla o de todo control”*²¹.

El DIH se constituyó como desprovisto, en apariencia, de cualquier papel legitimador, para quitarle lugar en la correspondencia de determinar las situaciones en que resulta válido el recurso a la fuerza armada, es decir, del *ius ad bellum*. En efecto, tales previsiones se monopolizaron jurídicamente en el Derecho Internacional general prohibiendo el recurso a la fuerza armada de manera general (artículo 2, inciso 4 de la CNU) o permitiéndolo, de manera excepcional, en situaciones de legítima defensa frente a un ataque armado (artículo 51 de la Carta de ONU) o cuando el propio Consejo de Seguridad –donde EE.UU. ejerce marcado poder- decide su uso frente a una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión (capítulo VII de la CNU)-. Por su parte, será la legislación interna de los Estados la que regule, o prohíba, las situaciones de insurgencia interna habilitándola (por ejemplo, para la “defensa del orden constitucional”). Sin embargo, desde la misma complementariedad que se argumenta entre el DIH y el DIDH, el primero de estos deviene en un instrumento -opcional en la realidad- del segundo, y de sus correspondientes organizaciones y grupos de poder.

²¹SWINARSKI, Óp. Cit., p. 11.

Asimismo, más allá de que en el ideal la finalidad primordial del DIH es tratar de hacer escuchar la voz de la razón en situaciones en que las armas acallan la conciencia de los hombres, y recordarles que un ser humano, incluso enemigo, sigue siendo una persona digna de respeto y de compasión, esto se queda en un conjunto de literatura, que tanto hoy como hace 50 o más años, se presenta como un vago anhelo. La esperanza de que el DIH emane de la solidaridad humana, cuando su aplicación tiene lugar en situaciones en que los seres humanos se olvidan de que todos forman parte de la humanidad. En este sentido, el DIH se ha descrito como un sedicente factor de paz, en la medida en que inocentemente quiere recordar al género humano –aunque sólo lo hace catalogando las situaciones que pretende reglamentar- cuáles pueden ser los sufrimientos y los desastres de un conflicto armado, como si las situaciones por sí mismas no pudieran abrir los ojos de la humanidad. Lo que sucede es que se amplía el campo de acción para las potencias en tanto la costumbre de vivir en un ambiente de estado de excepción permanente se normaliza, y se descarna la sensibilidad más humana, haciéndose necesaria una ficción que permita la sensación de la recuperación de una ética humanista que considera que hay sujetos que merecen perder esa categoría de humanos.

El uso o amenaza del uso de la violencia ha sido una constante trágica en la historia de la humanidad²². Luego de la Segunda Guerra Mundial, la Comunidad Internacional proscribió jurídicamente situaciones de guerra de agresión que anteriormente eran consideradas atributos de la soberanía del Estado nacional, pero muy a pesar de esta proscripción legal, los conflictos armados se han sucedido ininterrumpidamente, pero esta vez identificados por su carácter intestino y, más recientemente, por uno hegemónico supranacional. Este atributo no ha disminuido el impacto fatal

²² SALMÓN, Óp. Cit., p. 8.

de los conflictos, habida cuenta de las incontables guerras fratricidas que hoy castigan al mundo, que parecieran inferiores frente a la gran guerra determinista contra el terrorismo, que no puede denominarse fratricida, ya que el ideario que ataca no concibe a sus enemigos como sujetos humanos, sino como infección sin vida política ni palabra: “*El Derecho Internacional Humanitario se aplica a situaciones — los conflictos armados— que no deberían existir si el Derecho fuese respetado. La aparente tensión entre combatirlas o regularlas se soluciona con un Derecho que, aproximándose a la lógica militar, intenta racionalizarla y reorientarla al único objetivo justificable en el marco de un conflicto armado: vencer al enemigo*”²³. Luego de los hechos del 9/11 el contexto en el que el DIH está llamado a actuar es todavía más complejo e indeseable. Su objetivo principal, garantizar un mínimo de humanidad en una situación inhumana, no requiere un camino menos escabroso. Esto influye ineluctablemente sus fuentes, normas y principios de interpretación agregándoles no sólo dificultad, sino motivando la crítica de quienes cuestionan la existencia misma del DIH. Y no es para menos cuando el *casus belli*, la parte del *ius in bello* que busca regular las acciones bélicas de los Estados, que prohíbe el recurso a la fuerza armada para resolver conflictos, al mismo tiempo permite el uso del aparato militar entre Estados bajo el principio –abusado- de *ultima ratio*. En este punto es menester atender a consonancias y disimilitudes más concretas entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1.4.1 Convergencias y divergencias entre el DIH y el DIDH

Algunas disposiciones del DIH, aquellas que requieren su difusión e implementación, son de aplicación en tiempos de

²³Ibíd. p. 11.

paz y, de otro lado, existen disposiciones de DIDH que no se pueden suspender ni siquiera en situaciones de conflicto armado. En efecto, las disposiciones no derogables de derechos humanos, recogidas en los diversos tratados y que conforman el núcleo duro de estos derechos, no pueden ser materia de suspensión. Por su parte, el contenido del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra aplicable en todo conflicto armado garantizaría la protección de derechos que convergen con las normas del núcleo duro de derechos humanos; el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra expresa un mínimo jurídico basado en consideraciones elementales de humanidad, la más importante aportación de dichas Convenciones a la evolución del Derecho Internacional estribaría en la afirmación de la existencia de un núcleo duro de derechos fundamentales que los Estados tienen la obligación de respetar en toda circunstancia.

Por otro lado, el reconocimiento de garantías fundamentales en los Protocolos Adicionales de 1977, sobre todo el artículo 75 del Protocolo Adicional I, marca también un punto de convergencia, toda vez que se reconocen las garantías mínimas de las que gozan las personas en términos casi idénticos a los de los tratados en materia de DIDH. De esta manera se produciría una coincidencia en cuanto al ámbito material de aplicación de las normas de DIH y DIDH, sin desconocer que, en atención a las necesidades generadas por el conflicto armado, determinados derechos recibirían atención especial por el DIH, a través de una regulación más detallada y precisa (ej. los derechos a favor del niño). Así, se garantizaría la complementariedad entre ambas ramas ampliándose el margen de protección en beneficio de la persona humana. Asimismo, en materia de principios aplicables comunes al DIH y DIDH, se podrían identificar tres puntos convergentes a saber: inviolabilidad, que se refiere a los atributos inseparables de la persona (vida e integridad física y psíquica); no discriminación, que significaría que todos

deberán ser tratados sin distinción desfavorable de ningún tipo; y seguridad que alude a la seguridad personal, por lo que se adoptan medidas de salvaguardia (ej. garantías judiciales). Por otro lado, en un pretendido plano hermenéutico, los instrumentos de DIH revestirían de un carácter especial dado que tienen por objetivo proteger al individuo, lo cual traería consigo consecuencias directas en materia de interpretación y aplicación. Por lo que los criterios que regulan la interpretación de ambos sistemas jurídicos van más allá del principio de buena fe y los demás recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969, siendo aplicables criterios de interpretación *pro homine* y dinámicos que permitan una aplicación acorde con la naturaleza de estos tratados. En cuanto a los mecanismos de aplicación y supervisión de ambos cuerpos normativos, el DIDH cuenta con un sistema de peticiones individuales ante órganos internacionales, además de los informes que se presentan ante órganos de supervisión creados por los tratados de DDHH, aunque todo este sistema es subsidiario de la actuación estatal. Por su parte, para el cumplimiento del DIH se contaría con órganos de control como la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta, la figura de la potencia protectora o los propios Estados. Actualmente, además se cuenta con el mecanismo instaurado por el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional para sancionar, entre otras cosas, a los individuos que cometan crímenes de guerra).

En cuanto a las divergencias entre DIH y DIDH, éstas se ubicarían principalmente en el tema de las condiciones de aplicación de ambas vertientes. Así, en cuanto a su objetivo el propósito del DIDH es garantizar al individuo la posibilidad de desarrollarse como persona para realizar sus objetivos sociales, políticos, económicos y personales, por lo que constituiría un derecho “promocional” de la persona humana. En cambio, el DIH seguiría siendo una normativa de

protección que tiene como fin supremo posibilitar que un ser humano se ampare contra las violaciones o graves amenazas derivadas del conflicto armado, por lo que se trata de un derecho de excepción. En tal sentido, este sistema buscaría “preservar” a la persona humana más que proporcionarle mejores condiciones de vida. Por otro lado, el DIDH admite restricciones mientras que el DIH no admitiría restricciones ni suspensiones. En efecto, los instrumentos de derechos humanos se encuentran sujetos a una serie de derogaciones o suspensiones frente a determinados supuestos excepcionales; mientras que el DIH adoptado para regir conflictos armados no se encontraría sujeto a suspensión ni derogación alguna, excepto en los casos limitados previstos en el artículo 5 del Convenio IV y el artículo 45.3 del Protocolo Adicional I (referidos a la comunicación de personas que han tomado parte en las hostilidades, pero que no tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra). Otro de los aspectos que marcaría diferencias entre ambos sistemas jurídicos radica en el órgano garante de cada uno de ellos. Así, mientras que el DIDH recibe el respaldo de las Naciones Unidas (además del apoyo de organizaciones regionales), el DIH estaría apoyado y promovido fundamentalmente por el CICR. No obstante, una separación tan estricta en este punto no es artificial, toda vez que los pretendidos esfuerzos compartidos para maximizar la protección efectiva del ser humano de las Naciones Unidas, que han trabajado para garantizar la protección de los derechos humanos apoyándose en las normas de DIH en los territorios bajo ocupación israelí y Afganistán, no han sido muy efectivos en el marco de la guerra contra el terrorismo. El DIDH ha tenido tanto un desarrollo universal y regional debido a los órganos de aplicación con que cuenta esta rama, mientras que el DIH ha supuesto un desarrollo sólo universal dependiendo de los conflictos armados que se presenten en el mundo.

1.5. Las nociones de los conflictos armados en el DIH

Es innegable que las características mismas de la violencia y la guerra han pasado por sustanciales cambios a través de la historia; esto es un fenómeno plausible en la concepción de los conflictos como intermésticos. Así, se debe hacer una identificación diversificada de los de los conflictos armados internacionales y de los conflictos armados internos internacionalizados y desestructurados, que se acercan más a la idea de una guerra global contra el terrorismo internacional y a los que se les debería aplicar, no sólo formalmente, el conjunto del DIH. Por esa línea, se expondrán analíticamente los aspectos centrales de estos tipos de conflicto, junto con la explicación de sus correspondientes ámbitos de aplicación de *ratione personae* (de los sujetos), su relación con el derecho interno de los estados y la concepción que con relación a ellos se tiene de la categoría de “población civil”.

1.5.1. Conflictos armados internacionales

La regulación mayoritaria de las normas del DIH se dirige hacia el conflicto armado internacional (CAI). Si bien en el contexto de la guerra global contra terrorismo, esta atención particular no parece reflejar totalmente la realidad de su violencia (al elaborarse los Convenios de Ginebra la mayoría de conflictos eran básicamente interestatales), muchas de sus disposiciones sí deberían aplicarse a esa guerra internacional. Tanto el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra como el artículo 1 del Protocolo Adicional I establecen los tres supuestos del CAI. Si bien en 1949 los estados solo se encontraban dispuestos a incluir en tal noción el enfrentamiento entre pares, es decir, entre sujetos estatales; en 1977 la irrupción en la vida independiente de un gran número de estados descolonizados determinó que también la lucha de los pueblos por su libre determinación fuera considerada como un CAI. No obstante, debe enfatizarse que

el verdadero criterio identificador de un CAI sería la calidad de los sujetos que se enfrentan más que el ámbito territorial del mismo (es decir, si se lleva a cabo en un solo territorio o en más de uno) o su prolongación en el tiempo o el número de bajas y daños que genere. De acuerdo con el DIH, son tres las situaciones a las que debe aplicarse el régimen jurídico del CAI:

- El enfrentamiento entre dos o más Estados (ya sea que se haya declarado la guerra o incluso cuando esta no se reconozca).
- Los casos de ocupación total o parcial del territorio de una alta parte contratante aunque no se encuentre resistencia militar.
- La lucha de un pueblo contra la dominación colonial y/o la ocupación extranjera y los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho a la libre determinación.

Las normas del CAI se encuentran dirigidas básicamente a los Estados o movimientos de liberación nacional (MLN), en el marco de un conflicto contra una dominación colonial, racista o extranjera. Los Estados no son sólo los principales actores de un conflicto internacional, sino que además han concurrido con su consentimiento (en el caso de las normas convencionales) y con su práctica o anuencia (en el caso de las normas consuetudinarias) a la configuración del régimen aplicable. En este sentido, los Estados serían los destinatarios principales de las disposiciones de DIH, se encontrarían obligados por ellas e incurrirán en responsabilidad internacional por el incumplimiento de las mismas. Los MLN que ejercen el derecho a la libre determinación, por su parte, si bien no han suscrito estas disposiciones (anteriores en varios casos a su propia existencia) deben también cumplir con el DIH en la medida en que el ámbito subjetivo de aquellas los involucra directamente. En la práctica, además, tenderían a invocarlo y cumplirlo, aunque esto último con diferentes intensidades.

No obstante, en el marco de un CAI podría concurrir también la presencia de entidades internacionales que bien realizan tareas de interposición (ej. las Fuerzas de Paz de las Naciones Unidas) o labores de asistencia humanitaria (ej. el CICR). Resulta necesario, en especial en el primer caso, que también estas organizaciones se encuentren comprometidas con las normas del DIH. En este sentido, las Naciones Unidas suscribieron un compromiso por el que los componentes de los Cascos Azules y la propia organización, en última instancia, se obligarían a respetar las normas de DIH sin importar el contexto del conflicto en el que actúen. La OTAN, por su parte, no cuenta con una resolución general, pero en el caso de Kosovo la Asamblea Parlamentaria emitió una resolución instando a los Estados miembros de la OTAN a ratificar los Protocolos Adicionales. Los propios individuos deben también cumplir con las disposiciones de DIH. En esa medida, su incumplimiento no sólo generaría responsabilidad para el Estado del que forman parte, sino también para ellos mismos, individualmente considerados, a través de un sistema punitivo particular.

Se encontrarían obligados a cumplir con las normas humanitarias todos aquellos que, sin excepción, pueden participar en un CAI. Un aspecto particular de este tipo de conflictos, y que coadyuva a las partes en el cumplimiento de sus obligaciones, es la presencia de potencias protectoras. Esta institución tiene larga data en el DIH remontándose al siglo XVI, aunque es recién en el siglo XX cuando adquiere alguna importancia. Efectivamente, durante la primera guerra mundial las potencias protectoras desempeñaron una labor importante en la aplicación de los Convenios de La Haya, aunque sobre una base consuetudinaria toda vez que estos tratados no contenían disposición alguna sobre la materia. Recién en 1927 se incluye expresamente esta institución en el artículo 87 del Convenio relativo al trato debido a prisioneros

de guerra. Esta disposición fue utilizada durante la Segunda Guerra Mundial (Estados como Suiza y Suecia actuaron como potencias protectoras de distintos Estados), no obstante resultó deficiente porque, por ejemplo, no se había previsto que los civiles que se encontraban en poder del Estado enemigo contarán con potencias protectoras.

La potencia protectora supuestamente sería un Estado neutral en el conflicto encargado de salvaguardar los intereses de las partes contendientes en el país enemigo y, particularmente, de velar por la aplicación de los Convenios de Ginebra. Sin embargo se le pueden conferir solamente ciertas facultades: si se le encarga únicamente representar los intereses diplomáticos de un Estado en conflicto estaremos ante un “mandato de Viena”; pero si es designada para velar por la observancia de los Convenios de Ginebra y controlar su aplicación nos encontraremos frente a un “mandato de Ginebra”.

En cualquier caso conviene señalar que esta institución ha sido poco utilizada en la práctica, entre otras razones porque la índole de los conflictos armados rara vez ha provocado que las relaciones diplomáticas se vean interrumpidas, por la rapidez de algunas guerras o por la dificultad de hallar Estados neutrales aceptables para ambas partes, capaces y deseosos de asumir esa tarea. Este sistema se encontraría a disposición de los Estados ante la ocurrencia de una conflagración bélica internacional. La designación de potencias protectoras está marcada por la voluntariedad de las partes en cuanto a la designación, que sería hecha por cada una de las partes, y la aceptación o rechazo de dicho nombramiento, por el lado de la parte adversa. Además existe todo un mecanismo para facilitar su nombramiento y aceptación y, si no se logra un acuerdo, se establece también la posibilidad de nombrar un sustituto que puede ser el CICR o cualquier otra organización que presente todas las garantías de imparcialidad y eficacia. En cualquier caso, el

nombramiento de potencias protectoras no es un obstáculo a la labor humanitaria del CICR u otro organismo humanitario para brindar sus servicios a favor de las personas protegidas. Desde un punto de vista pasivo, resultarían sujetos beneficiarios de las normas de DIH tanto las personas que no participan directamente en las hostilidades como las que, haciéndolo, deben verse libradas de un daño o sufrimiento innecesario. En cuanto a las personas que no participan directamente en las hostilidades se incluyen a la población civil, a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto –incluso individualmente– las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa. Adicionalmente, y entendido en el contexto de la lógica militar, el DIH también brinda protección a los propios combatientes. En este caso se trata de conciliar la necesidad militar con el principio de humanidad llegándose, por ejemplo, a prohibir el daño innecesario al adversario, es decir, el daño que va más allá de la necesidad militar, como el uso del proscrito láser cegador, entre otras armas.

En cuanto a la responsabilidad por el respeto de estas disposiciones, desde el punto de vista interno, corresponde a los Estados la obligación de asegurar el cumplimiento de estas normas. El DIH podría hacer uso de la propia estructura militar para asignar, en el caso de la ocupación de un territorio, a los jefes militares en el terreno la prevención y represión de actos que vayan contra los derechos de las personas que se encuentran bajo su control o sometidas a su autoridad. Desde un punto de vista temporal y teniendo en cuenta que el conflicto armado implica necesariamente violencia armada, la aplicación del DIH comenzaría con la apertura de hostilidades –y no con la amenaza de hacerlo– y terminaría después del cese de hostilidades cuando concluyan las operaciones militares, es decir, la ocupación misma, de existir. Ahora bien, esto último es relativo en sí mismo dado que se prevé, en el caso del CAI, que mientras

se produzca la liberación, repatriación o reasentamiento de las personas protegidas, a estas se les aplicará los beneficios del DIH (artículos 5.5, 118 y 6 de los Convenios I, II y III, respectivamente). Habría por tanto una vocación extensiva en el tiempo que evita dejar sin protección a las personas involucradas en un conflicto incluso cuando este, en términos generales, pueda haber concluido.

En cuanto al ámbito de aplicación espacial del DIH, se encuentran disposiciones específicas. La aseveración del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia tiene, por tanto, mucha importancia y abunda en que la aplicación espacial de la norma depende más bien del contenido de la propia norma, es decir, que su aplicación bien podría estar conectada directamente al espacio geográfico en que se desarrollan las hostilidades (por ejemplo, disposiciones sobre la conducción de hostilidades), pero bien podría referirse a todo el territorio de la parte en conflicto (como el régimen de prisioneros, donde sea que estos se encuentren, o la población civil en poder del enemigo). En cualquier caso, en el supuesto de un CAI la aplicación del DIH se extendería por definición a todo el territorio del Estado en conflicto.

El DIH tendría como una de sus características más importantes la de imponer un régimen de represión penal universal aplicable a las que denomina infracciones graves de sus disposiciones. Tradicionalmente se ha entendido que esta obligación sólo se circunscribe a los hechos ocurridos en el marco de un CAI, pero en la actualidad, y a partir de su inclusión en el Estatuto de Roma que crea la CPI, existiría consenso en que también es posible la comisión de crímenes de guerra en el marco de los conflictos armados no internacionales. En el marco de un CAI, las Convenciones de Ginebra harían una distinción entre infracciones graves y actos contrarios al DIH. La obligación de reprimir incluso a través de la jurisdicción universal —es decir, la posibilidad de castigar no solo las infracciones cometidas en el territorio del

Estado o por sus nacionales o contra los mismos— sólo se impondría en relación con las infracciones graves previstas en los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I. En esta clase de conflictos se impondría un triple deber. Uno consiste en emitir legislación penal que permita la persecución de estas conductas en el marco de un principio de proporcionalidad entre la severidad del castigo y la gravedad de la ofensa. El segundo, se relaciona con la idea de un “deber activo” que se aplica tan pronto como el Estado parte conoce que hay en su territorio una persona que ha cometido tal infracción y que consiste en asegurarse de que esa persona sea detenida y acusada. Asimismo, la necesaria acción policial debe tomarse espontáneamente y no solo cuando sea requerida por otro Estado. Y, finalmente, un deber de juzgar a la persona salvo que se le envíe a los tribunales de otro Estado interesado. La relación del DIH con el ordenamiento jurídico interno del Estado podría verse desde dos perspectivas. La primera sería la obligación general de todos los estados parte de los Convenios de Ginebra de adecuar su legislación interna a estas normas. La segunda sería la relación que, en concreto, tiene el ordenamiento jurídico de un Estado participante en un conflicto internacional con las normas de DIH. Sobre este segundo punto nos centramos, ya que no es este un aspecto que suscite gran atención por parte de los Convenios.

En el CAI, la relación con el Derecho interno no obstante se manifestaría directamente en el conjunto de obligaciones que surgen con la ocupación y, en particular, con la población civil. De esta manera, se establece que una vez producida la ocupación, corresponde al Estado ocupante la obligación de restablecer y asegurar el orden público y la seguridad en el territorio bajo su autoridad, pero también la obligación de no alterar el ordenamiento jurídico del Estado ocupado, salvo por razones imperiosas de seguridad. Con respecto a lo primero, la población civil del territorio ocupado detenta una serie de

derechos, como el derecho a su honor, derechos familiares, a realizar sus convicciones y prácticas religiosas y a que sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Se establece también que será tratada con humanidad y protegida especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública y que, en aplicación del principio de no discriminación, será tratada por la parte en conflicto en cuyo poder esté con las mismas consideraciones, sin distinción alguna desfavorable, especialmente por lo que atañe a la raza, a la religión o a las opiniones políticas. El respeto de estos derechos supondría necesariamente un tipo de organización y seguridad que podría también traducirse en una serie de elementos normativos.

En cuanto al marco jurídico, el artículo 64 del Convenio IV establece como criterio que la legislación penal del territorio ocupado permanecería en vigor, salvo en la medida en que pueda derogarla o suspenderla la potencia ocupante, si tal legislación es una amenaza para su seguridad o un obstáculo para la aplicación del presente Convenio. Asimismo, esta norma establece que la potencia ocupante podrá imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio, y garantizar la administración normal del territorio y la seguridad, sea de la Potencia ocupante, sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice. Lo que se complementa con la previsión de que solo cuando la potencia ocupante considere necesario, por razones imperiosas, tomar medidas de seguridad con respecto a las personas protegidas, podrá imponerles, como máximo, una residencia forzosa o internarlas. Esto con la prohibición expresa de coacción, tortura y otras formas de brutalidad (artículos 31 y 32) y de cualquier forma de expulsión de su territorio. Estas limitaciones se justificarían

porque la autoridad de la potencia ocupante es, por definición, provisional y está limitada a la prestación de asistencia y protección en la situación de emergencia generada por la guerra.

En esta medida no le estaría permitido, por ejemplo, modificar el ordenamiento jurídico ni realizar reformas radicales que incluso podrían ser necesarias para adecuar un sistema judicial determinado a los estándares del debido proceso. Tampoco podría modificar el estatuto de los jueces y los funcionarios públicos dado que los tribunales existentes han de seguir desempeñando su función y continuarán teniendo competencia respecto de los delitos comprendidos en el Derecho penal interno cometidos por habitantes del territorio ocupado. Sólo en caso de ausencia de un sistema judicial operativo, la potencia ocupante podría establecer sus propios tribunales para desempeñar las funciones del poder judicial ordinario, siempre que aplique la legislación nacional existente. Tampoco estaría permitido a la potencia ocupante disponer de los recursos naturales del Estado ocupado que deben ser respetados. En este sentido, el Reglamento de La Haya obligaría a la potencia ocupante a respetar la propiedad privada (artículo 46), y dispone que la potencia ocupante no debiera considerarse sino como administrador y usufructuario de los edificios públicos, inmuebles, bosques y explotaciones agrícolas (artículo 55). De no hacerlo, incurriría en una violación del DIH.

1.5.2. Conflictos internos internacionalizados y desestructurados

La caracterización –a la luz de lo establecido por el DIH– de la guerra contra el terrorismo como un conflicto armado presenta un carácter realmente dificultoso. La práctica luego del 9/11 no parece reflejar la supuesta claridad de las normas positivas, ya que no sólo se torna complicado definir

claramente las situaciones incluidas en el DIH –especialmente el Conflicto armado no internacional (CANI) planteado en el artículo 3 común-, sino que la violencia y los atentados a la seguridad humana revisten formas insólitas que requieren alguna respuesta por parte del DIH, así sean llevadas a cabo por las potencias que le forjaron y le sostienen. En efecto, no parece lógico que los Estados hayan aceptado restricciones humanitarias para enfrentar las mayores amenazas a su seguridad nacional e internacional y que no se encuentren vinculados, por la razón de ser de estas normas, en situaciones que no alcanzan tal nivel de gravedad.

La oficialidad del DIH refuerza el discurso de las potencias occidentales al concebir que los conflictos armados en Estados “no democráticos” constituyen una de las peores amenazas a la seguridad humana, pero junto a la amenaza tradicional que provenía de otros Estados o de grupos armados más o menos organizados que pretendían, al interior de un Estado, hacerse con el poder, ahora coexistiría y cobraría importancia la capacidad desestabilizadora de agentes no estatales que bien se enfrentan entre ellos, o bien ligados a veces a redes internacionales se enfrentan al gobierno de turno. Todo esto habría desembocado en la aparición de nuevas formas de violencia conocidas genéricamente como conflictos de tercera generación. Asimismo, fenómenos como el de la globalización hacen que muchas amenazas a la seguridad como las hambrunas, los conflictos étnicos, la desintegración social, la contaminación, el tráfico de drogas y, especialmente, terrorismo no se limiten a las fronteras de un Estado, sino que, al extenderse, se encuentren en la base del desencadenamiento de otros múltiples conflictos. Al mismo tiempo, las protestas sociales serían tachadas de peligrosas al producto de la crisis económica o política que, entre otras causas, no cesan, generando violencia en los denominados disturbios interiores y tensiones internas que normalmente van acompañados de declaratorias de estados de excepción y que plantean una

verdadera zona gris entre el DIDH y el DIH al momento de resguardar, de la mejor manera, la dignidad y seguridad de la persona humana.

En relación a la participación de terceros actores, la Sala de Apelación del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia ha señalado que cuando el conflicto tiene lugar en el territorio de un solo Estado puede considerarse que el conflicto es internacional si otro Estado interviene por medio de sus tropas o si alguno de los participantes en el conflicto interno actúa por cuenta de ese otro Estado. Es decir, de un lado, si se verifica la participación directa de un Estado en el territorio de otro (por ejemplo, a través de la presencia de tropas norteamericanas en Irak), pero, de otro lado, el Tribunal admite la posibilidad de que la situación sea un conflicto armado internacional cuando hay personas que pueden ser consideradas agentes de otro Estado o actúan en nombre de aquel. El DIH no sería ajeno a esta última noción, sino que antes bien recogería el “test del control” para poder así atribuir responsabilidad por los incumplimientos del Convenio. De esta manera, el Convenio III señala en su artículo 4 las condiciones para considerar combatientes a las fuerzas paramilitares exigiéndose bien que estas sean parte de las fuerzas armadas de una parte en el conflicto, bien que se encuentren bajo el control de una parte en el conflicto. Un grupo organizado puede terminar generando la responsabilidad de un Estado en la medida en que exista un control general sobre la actividad del grupo o sobre la planificación o coordinación de sus actividades militares. Lo contrario, es decir, aplicar el régimen de protección en función de las personas, supondría una fragmentación de regímenes al interior de un mismo conflicto que podría llevar, en el supuesto de dos actores extranjeros, a la existencia de hasta cuatro posibles relaciones: **a)** La de los rebeldes y el Estado del cual son nacionales, **b)** La de los rebeldes y el Estado que apoya al Estado al que se enfrentan, **c)** La de las fuerzas

armadas del Estado que padece el conflicto y los que actúan apoyando al grupo rebelde por cuenta del otro Estado y **d)** La de los que actúan por cuenta de otro Estado y el Estado que brinda apoyo al Estado que padece el conflicto en su territorio. Esta multiplicidad de regímenes jurídicos aplicables en función de las personas que se enfrentan no se condice con el papel protector del DIH, que busca sobre todo la protección de las víctimas de los conflictos armados por razones humanitarias. Ciertamente, y a pesar de las dificultades prácticas que esta posición puede conllevar, el conflicto inicialmente interno se torna internacional por la presencia de un tercer actor que no es ninguna de las partes directamente implicadas, por lo cual no habría razón para impedir la aplicación de las normas destinadas precisamente a regular los conflictos en los que hay un elemento internacional. En cualquier caso, no se trata de una aplicación al detalle de cada una de las disposiciones del CAI, sino de una adaptación de la razón de ser de esas disposiciones a un conflicto donde coexisten motivaciones y actores no necesariamente compatibles.

Las formas contemporáneas de conflictividad, entendidas por algunos como un retorno de las antiguas guerras que precedieron a la aparición de los estados naciones, parecen, al menos desde el punto de vista formal, desbordar la tipología tradicional de conflictos armados en que se centran las normas de DIH. Su esencia, sin embargo, sustentada en la protección de las víctimas de los conflictos y en la limitación, por razones humanitarias, de los medios y métodos de combate, no resulta cuestionada por los denominados conflictos de tercera generación en los que, de un lado, proliferan los actores no estatales y, de otro, se traspasa las fronteras de un Estado para tornarse un fenómeno complejo de violencia transnacional. Hobsbawn²⁴ ha señalado que

²⁴HOBBSAWN, Eric. Entrevista acerca del ataque del 11 de septiembre en los Estados Unidos. Disponible en la web: http://www.geocities.com/cajaeditora/News/cHobsbawn_01.txt

estas formas de conflictividad constituirían un signo característico del siglo XXI en que las guerras ya no serán solo entre Estados, sino entre estados y organizaciones no estatales suficientemente “ricas” y “fuertes”; pero esto no es evidente en los Estados a quienes intervienen las potencias occidentales. Parece haberse impuesto un cambio cualitativo desde el discurso occidental donde los conflictos armados que, de una parte, retornarían al modelo de enfrentamientos civiles y, de otra, y esto es quizá lo más relevante desde el punto de vista de la seguridad humana para las potencias, apuntarían al terrorismo internacional como paradigma de ese nuevo tipo de conflictos máximamente lesivos para la seguridad humana global. En este contexto, se trata de las potencias producen herramientas jurídicas y se apoyan en el DIH en aras luchar contra un adversario que conciben invisible, o, si se prefiere, es difícilmente identificable, y que, de otro lado, no se atiene a las estrategias convencionales ni a las reglas de la guerra. Por esto se plantearía una nueva táctica que debe ser básicamente preventiva en lugar de puramente de enfrentamiento. Otra manifestación comprendería los llamados conflictos desestructurados. El concepto de conflicto desestructurado, como enfrentamientos generalizados entre diversos grupos, sin que ninguno de ellos represente al Estado, tiene que ver con una noción propia del que es la del “Estado fallido” o *failed State*, que se caracterizaría por el debilitamiento o incluso la desaparición de las estructuras estatales. Los Estados desintegrados presentarían un nuevo reto para todo el sistema internacional de Estados, y para sus potencias dominantes, pues no se trataría de un golpe de Estado, caracterizado por ser un asalto violento del poder, sino de una situación mayor en la que no hay gobierno o una estructura establecida o, lo que es lo mismo, un monopolio de la fuerza y el poder. Los Estados fallidos serían producto del colapso de las estructuras de poder que proveían de base política al Derecho y al orden, lo que genera el colapso de las instituciones del Estado,

especialmente la policía y el poder judicial, cual resulta en una parálisis de gobierno, un rompimiento del Derecho y el orden y el bandidaje y caos generalizado.

Otra manifestación, que arguyen especialmente las potencias de Occidente para sostener su guerra antiterrorista comprendería los denominados “conflictos asimétricos” que se producirían cuando un Estado, por más poderoso que sea, es atacado por actos terroristas globalizados. Aquí no sería solamente un grupo terrorista que actúa frente a un Estado, sino un grupo terrorista que tiene alcances globales, con redes en diferentes partes del planeta y que se confabularía para atacar a un Estado. El problema principal (pero asimismo la laguna que permite actuar sin reservas a las potencias) de este tipo de conflictos sería precisamente la falta de un enemigo identificable.

Desde el punto de vista jurídico predominante los conflictos desestructurados son los que han recibido una mayor atención por parte de la doctrina y de las normas internacionales. Esto responde, de un lado, a que esta categoría puede incluir los conflictos de identidad y, de otro, a que los denominados conflictos asimétricos involucrarían el problema del terrorismo internacional que, por su amplitud y complejidad, escapa a los solos linderos del DIH. Los conflictos desestructurados provienen de una categoría construida por la producción jurídica de las potencias, quienes asocian el origen de esos conflictos con contextos de subdesarrollo que responderían a modelos de debilidad institucional crónica ocasionada por factores culturales, económicos, religiosos o étnicos. Las normas de DIH actúan en un contexto de dificultades intrínsecas (por la atomización de las facciones y la falta de organización) y de ausencia de voluntad de aplicación innegables. Adicionalmente, el conflicto mismo de la guerra antiterrorista no responde a los parámetros del conflicto armado internacional, pero tampoco al modelo del Protocolo Adicional II, por la necesaria

participación de las fuerzas armadas del Estado, por lo que el derecho aplicable se centraría en el artículo 3 común. Esto es importante porque se ha visto que estos nuevos conflictos armados tienen para la población civil unas consecuencias mucho más perniciosas. Por su parte, y en relación con la figura del CANI, el discurso de las potencias presentan a que los conflictos desestructurados como consecuencia de contextos de conflictos internos que si no son controlados por su propio Estado, legitimarían la actuación intervencionistas de Estados poderoso.

El artículo 3 común sólo precisa la existencia de un conflicto armado, que sin duda, por el intenso grado de hostilidades, se produce en estos casos, y de la calidad de “parte en el conflicto”. Esto último se encuentra plenamente reconocido en diversas resoluciones del Consejo de Seguridad en que se ha llamado a las “partes en conflicto” en Somalia o Liberia al respeto de las normas humanitarias, pero no lo ha hecho en el caso de EE.UU. en Afganistán o Irak. Asimismo, la aplicación de las normas contenidas en el artículo 3 común iría acompañada de los principios de DIH que las sustentan y adicionalmente de un mecanismo de sanción penal individual. Esto último se plasma formalmente en el Estatuto de Roma (artículo 8.2.e) que penaliza las violaciones graves de “las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”. La disposición tendría una triple importancia porque no solo señala la obligatoriedad de respetar las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos, sino que además codificaría la existencia misma del conflicto desestructurado y, en un contexto propenso a la impunidad, se erigiría como un importante disuasivo a la comisión de crímenes de guerra. Finalmente, no puede dejar de señalarse que también en los conflictos desestructurados los Estados se

encontrarían comprometidos por la obligación general de prevenir y de “respetar y hacer respetar el DIH en todas las circunstancias”, pero esto, al parecer, sólo aplica para Estados fallidos y no para las potencias de Occidente, cuyas fuerzas armadas han violado e infringido sistemáticamente el DIH en Estados como Afganistán e Irak. La fuerza sancionatoria radica en el hecho de quien la reclame: si la reclama una potencia occidental sí es procedente; los Estados pequeños no pueden y, en ocasiones, ni intentan reclamarle: no quieren ser tachados como “terroristas”.

2. POTENCIAS DE OCCIDENTE VS. “TERRORISMO”

Inmediatamente luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001 el Consejo de Seguridad de la ONU condenó el terrorismo internacional por considerarlo una amenaza contra la paz y la seguridad internacional¹. Notoriamente, la existencia de mecanismos jurídicos para luchar contra el terrorismo es evidente mucho antes de estos sucesos. No obstante, el ataque terrorista en Estados Unidos introdujo una modificación sustancial de paradigma, que asimismo se hizo más intenso con los atentados de Madrid (11 de marzo de 2004) y de Londres (7 de julio de 2005). En lo sucesivo se tratará de presentar el carácter internacional del iuspoder, como factor para determinar al terrorismo por medio del derecho penal del enemigo (DPE).

Todo esto en términos de la hegemonía de las potencias occidentales y la propagación del estado de excepción como forma permanente de gobierno, a la cual le es imprescindible la ficción un sistema de Estados nacionales vulnerables como Estados de derecho – incapaces en el hecho-, aunados a tácticas e implementaciones ideológicas y militares, a medidas políticas y jurídicas internas, para la consecución de objetivos geopolíticos y geoeconómicos, buscados por parte del imperialismo colectivo liderado por los EE.UU., luego de los sucesos del 9/11.

¹Resolución CS 1368 de 12.09.2001. Citado por: AMBOS, Kai. *La lucha antiterrorista tras el 11 de septiembre de 2001*. Traducción de Ana María Garrocho. En: Cuadernos de conferencias y artículos, Serie orientada por Eduardo Montealegre. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007, no. 39. p. 9.

2.1. El terrorismo en la jurisdicción internacional luego del 9/11

Es innegable que después del 9/11, muchas de las democracias más representativas (las potencias occidentales) han adoptado una serie de medidas que, bajo el manto de la "seguridad" preventiva, están socavando las bases del Estado de derecho tal cual lo conocemos. De manera inusitadamente rápida, ha surgido todo un abanico de poderes de emergencia basados en el concepto de "excepción" y que tienen por finalidad poner a disposición de los dirigentes políticos y otros funcionarios públicos un marco legislativo que les permita actuar por fuera de las instituciones constitucionales y representativas ordinarias.

Ya se ha mencionado de manera previa, aludiendo a un término expresado por Foucault, al *iuspoder* como aquella voluntad de saber establecida para el pronunciamiento de verdades jurídicas, justificada y regulada por específicas técnicas de poder antes del s. XVIII. Y traemos a colación este término al considerarlo como un fenómeno visible en el campo contemporáneo de la guerra global contra el terrorismo en donde las potencias occidentales han acudido a técnicas de poder determinadas para sostener su voluntad de saber y así producir verdades jurídicas no sólo de carácter interno sino también internacional por medio de su fuerte injerencia en los organismos internacionales que enmarcan el derrotero del Derecho Internacional en general, pero también específicamente del DIH y del DPE en cuanto a la determinación y el tratamiento judicial de los detenidos como terroristas: la producción o in-producción de sus verdades jurídicas por medio de técnicas que se asemejan a aquellas que se aplicaban en épocas históricas pre modernas.

Para lograr un acercamiento más claro y profundo de la proposición del pensamiento de Foucault, es especialmente útil un estudio del profesor Alexander Martínez Rivillas acerca

de la teoría del poder del filósofo francés: *Estudio sobre la teoría del poder en Michel Foucault* (2011). Siguiendo a Martínez Rivillas² es acertado considerar al *iuspoder* en oposición al *logopoder* ya que, a diferencia de este último, el *iuspoder* sus enunciados no tienen efectos de poder basados en sus propios movimiento, sino que se desplazan de discursos conexos –como canales externos- a técnicas de poder referidas a objetos, que en este caso particular sería el litigio. Además, las prácticas judiciales han permitido una voluntad de saber que produce los enunciados y que ha soportado diferentes modelos de verdad, no sólo aplicados en la resolución del litigio, sino también en la filosofía y las ciencias, dado que el conocimiento mismo, los valores y la lógica, han nacido en medio de la lucha de intereses y configurado unas reglas de dominio cuyas prácticas son, incipientemente, prácticas judiciales.

Han existido históricamente en el pensamiento occidental unas técnicas y estrategias de poder que han configurado la voluntad la voluntad de saber capaz de producir modelos básicos de la verdad, en la cual se pueden identificar sus técnicas (dirección e intensidad propias) y sus estrategias (posición y momento específicos). Éstas y aquéllas están relacionadas de manera dependiente con otras técnicas y estrategias de mayor o menor capacidad de desencadenamiento de efectos de poder. De las técnicas que históricamente vislumbra Foucault, especialmente en sus conferencias de *La verdad y las formas jurídicas*, son destacables, para los efectos de nuestro estudio dos de ellas –por su relación con las situaciones contemporáneas de la guerra contra el terrorismo, que no representa un anacronismo sino una continuidad-. La primera, que proviene del antiguo derecho germánico feudal de los siglos XII y XIII,

² MARTÍNEZ RIVILLAS, Alexander. *Estudio sobre la teoría del poder en Michel Foucault*. Ibagué, Pijao Editores, 2011. p. 80.

hace referencia a la “prueba judicial”, no entendida como conjunto de leyes que aseguraban la relación armónica entre el noble y el siervo, sino como prácticas judiciales que le garantizan al más fuerte tener siempre la razón. Aquí la verdad se producía en el escenario del más fuerte, de quien ostentaba la mejor posición o dignidad nobiliaria. Las prácticas judiciales se conformaron por los ricos y poderosos, ya que la regulación del litigio era otro medio de acumulación de tierra, siervos y metálico. Esas prácticas judiciales se inventaron a golpe de invasiones y tributos y no obedecían a otro tipo de poder judicial autónomo, sino que eran la mera manifestación del encarnizamiento de los dominadores contra los dominados.

La segunda técnica es la de la indagación, donde la producción de la verdad se ampara en un representante del soberano, es decir, un procurador. El litigio aquí no es un problema que toca sólo a los individuos, sino también al soberano, la encarnación misma el Estado. El condenado debía reparar el daño en dos frentes: la condena y la confiscación de sus bienes. Entre el infractor y el procurador mediaría así la indagación como procedimiento de obtención de la verdad, y el cual tenía por origen la administración jurídica de los litigios en el Imperio Carolingio y en la administración eclesiástica de los pecados de la iglesia tanto carolingia como merovingia. La indagación corresponde a las relaciones de poder-saber establecidas que permitieron el surgimiento de las primeras monarquías en Europa a finales del siglo XII, nutriendo el Derecho Clásico y determinando a la larga las prácticas judiciales de la época moderna, donde ya no se dirigiría a los notables sino a la verificación de los autores, a la comprobación de las opiniones recurriendo a la naturaleza, constituyendo la voluntad de saber que pronunciará la verdad en el mundo occidental³. La indagación

³FOUCAULT. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, Gedisa, 1980. p. 87-88.

como técnica de poder se define, entonces, como el conjunto de reglas procedimentales que permiten producir la verdad sobre el culpable de la infracción a partir de una combinación sistemática de preguntas, dirigidas por el procurador, sobre la consistencia moral y los “pecados” que pudo haber cometido el sospechoso, y la riqueza material que la acompañaba, con el fin de establecer el grado de la pena y la multa correspondiente. La intensidad de la técnica y de sus reglas se deriva del poder del soberano, y sus estrategias estarían definidas por el rito que establece los valores de la verdad de las respuestas y los cálculos específicos que resuelven el tipo de castigo y el monto de la multa.

La técnica de poder de la indagación es, entonces, un instrumento judicial para ejercer dominio, primero sobre los pecadores e infractores, y luego, mediante sus propias diversificaciones, sobre las riquezas y la naturaleza, constituyendo desde el s. XIII hasta el s. XVIII el motor de todas las relaciones de poder-saber de ese período, el fundamento mismo sobre el cual se erigió el poder monárquico en Occidente o el poder de los Estados europeos, en oposición al sistema judicial feudal:

“[...] el poder monárquico se desarrolló en Occidente apoyándose, en gran parte en las instituciones jurídicas y desarrollando estas instituciones. Por medio de la guerra civil, llegó a reemplazar la antigua sociedad de los litigios privados, por un sistema de tribunales, con leyes que de hecho daban al poder monárquico la posibilidad de resolver él mismo las disputas entre los individuos. De igual modo, el derecho romano, que apareció, en los siglos XIII y XIV, fue un instrumento formidable en manos de la

monarquía para llegar a definir las formas y los mecanismos de su propio poder."⁴

Es decir, el crecimiento del Estado del Estado se aseguró parcialmente y usó como instrumento el pensamiento jurídico; la burguesía y la monarquía lograron establecer desde fines de la Edad Media hasta el siglo XVIII una forma de poder que representaba, que se daba como discurso, como lenguaje, cuál era el léxico del derecho. Lo que antes eran técnicas de poder para establecer la verdad sobre los litigios, se fue transformando en la causa formal de una voluntad de saber que produce cuanto verdad se pronuncia en Occidente para devenir como técnicas de poder que permiten la posibilidad y el aseguramiento del crecimiento de los poderes feudales y el poder monárquico donde empieza a manifestarse el poder soberano que ha llegado influenciar, en cierto grado, la determinación de las técnicas del *iuspoder* que desde finales del s. XX e inicios del XXI han ostentado las potencias occidentales.

Lo que dilucida Foucault es cómo unas prácticas judiciales globales, rodeadas de sistemas y discursos, se han convertido en instrumentos de dominio fundamentales para el poder feudal y el poder soberano, hasta el punto de que el primero caracterizaría a la Edad Media, y el segundo a la Pre modernidad y la Época clásica. Pero, luego del siglo XVIII, empieza a vislumbrarse un poder disciplinario que no se construye ni se justifica en el ámbito de las prácticas judiciales globales, como sí ocurre con el poder soberano, sino que obedecerá a técnicas de poder que se instalan en los límites de lo jurídico, lugar donde operan las instituciones locales, regionales, materiales, o sea, las prácticas reglamentarias que

⁴FOUCAULT. *Estética, ética y hermenéutica, Obras esenciales*, Vol. III. Barcelona, Paidós, 1999. p. 237. Citado por: MARTÍNEZ RIVILLAS, Alexander. *Estudio sobre la teoría del poder en Michel Foucault*. Óp. Cit., p. 90.

producen efectos reales⁵. Se presenta aquí un giro metodológico de las prácticas judiciales globales a las prácticas de dominio locales y reales, un tránsito de las prácticas judiciales de la indagación, de la investigación judicial, como principio explicativo de las relaciones de poder-saber del Estado monárquico a las prácticas judiciales de disciplinamiento como principio explicativo de todas las relaciones de poder-saber de la “sociedad contemporánea”⁶, en el que ellas mismas inician su operación en sus dominios locales o en las márgenes de lo jurídico. Aparece aquí el suplicio en su forma más refinada, será la búsqueda de la verdad por medio del tormento, pues siempre haría aparecer un indicio o la confesión del culpable⁷, y sería una técnica de poder que resuelve los litigios, bajo el poder soberano, que se explica recurriendo no sólo a las prácticas judiciales globales, sino que va hasta sus confines, a los puntos locales de incidencia, a las estrategias de poder específicas, vía ordenanzas y edictos, de archivos. Se trata del paso de un poder global con lagunas, a un poder continuo atómico e individualizante. Este poder continuo es el poder disciplinario que caracterizaría a la sociedad en la que alcanzó a vivir Foucault luego de la primera mitad del s. XX. Otra característica de ese poder continuo sería la biopolítica de la población, y en ella se explica cómo distintas formas de poder, en sus diferentes relaciones, caracterizan a las sociedades contemporáneas⁸.

Pero antes de ello se había perfilado una técnica de poder soberano que actúa en asociación el poder de indagación. Se trata de una técnica de “suplicio judicial”, que aparece entre los siglos XVII y XVIII, cuyas estrategias de poder se

⁵ FOUCAULT. *Microfísica del poder*. Madrid, La piqueta, 1992. p. 131.

⁶ FOUCAULT. *Vigilar y castigar*. Siglo XXI, 1990. p. 227.

⁷ *Ibíd.* p. 47.

⁸ FOUCAULT. *Estética, ética y hermenéutica, Obras esenciales*, Vol. III. Óp. Cit., p. 242-246.

manifiestan en las ceremonias de la confesión, la tortura y el castigo. Esta técnica tiene por propósito de producir la verdad por medio de una suerte de juego judicial estricto donde el suplicio experimenta unas etapas o estrategias previas al castigo para la producción de la verdad. En una idea totalmente contraria al anacronismo, la tortura del siglo XVIII, como última etapa de completar la culpabilidad del acusado para llevarle a confesar crímenes que no ha cometido, se puede percibir hoy en las situaciones de los meros detenidos en la coyuntura de la guerra contra el terrorismo. El suplicio sería otra técnica de poder que funciona subsidiariamente a la de la indagación o investigación, que caracterizaron a Occidente antes del s. XVIII, y que hoy parecen retrotraer –y hasta de forma impositiva internacional- las potencias que comandan la guerra global contra el terrorismo, algo que se ejemplifica en las nuevas técnicas que moldean el DPE. *“El trasegar secular de los sistemas jurídicos a lo largo y ancho de Occidente, con todos sus aditamentos locales y diversificaciones omnímodas, constituyen el motor de la historia de sus sociedades”*⁹.

Las intenciones para dilucidar una definición unificada y mundial del terrorismo, son anteriores a la misma Segunda Guerra Mundial. Ya el 16 de noviembre de 1937, la Sociedad de Naciones había aprobado una Convención para la prevención y sanción del terrorismo¹⁰. Todo aquello en respuesta al magnicidio del ministro de Asuntos exteriores francés y del rey de Yugoslavia en Marsella en 1934. En dicha convención debían ser sancionados y definidos los actos terroristas, pero en ausencia de unanimidad sobre cuáles actos serían terroristas, la Convención no entró realmente en vigor. Desde aquel entonces quedó latente que el principal obstáculo para lograr una definición jurídica global del

⁹ MARTÍNEZ RIVILLAS, Alexander. *Estudio sobre la teoría del poder en Michel Foucault*. Óp. Cit., p.97.

¹⁰AMBOS, Óp. Cit., p. 10.

terrorismo sería la carencia de unanimidad, precisamente. El catedrático en Derecho Kai Ambos¹¹ ilustra cómo ante esta problemática la Comunidad internacional optó un enfoque pragmático, proscribiendo una serie de conductas determinadas que serían definidas como “actos terroristas”, a través de doce tratados entre 1969 y 1992. Esos tratados de índole internacional obligaban a los Estados parte a codificar y sancionar como delitos a los actos en ellos recogidos, los cuales no podían justificarse en ningún caso por razones políticas, ideológicas o religiosas. Los Estados debían entregar o enjuiciar a los presuntos autores, además de colaborar entre sí para prestarse ayuda mutua. Los *safe heavens* (paraísos de seguridad) no podían existir respecto a esos delitos. Los convenios de carácter regional completarían a esos tratados internacionales que buscaban alcance universal.

Sin embargo ninguno de esos tratados internacionales contenía una definición exacta del terrorismo¹². Tan sólo el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo se acercó a dar una definición del mismo, cuando se dispone que:

“[...]quien por cualquier medio, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente ponga a disposición fondos con la intención de que sean utilizados para cometer un acto terrorista, que cause la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una

¹¹Ibíd., p. 11.

¹²Ibíd., p. 13.

*organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de ello*¹³.

De esta definición se puede deducir que cualquier acto que fuera cometido con el objeto mencionado más arriba sería calificado, sin excepción alguna, como un acto terrorista. Pero, conscientemente o no, el contexto político del atentado terrorista y los motivos que lo provocaron quedan al margen de cualquier consideración, lo que generaría una acentuación de la maleabilidad en el DIH, para la manipulación de las herramientas jurídicas por parte de Estados poderosos en la ONU para definir qué sería un acto terrorista, quiénes serían civiles y quiénes terroristas, de manera poco limitada para un accionar basado en intereses concretos más allá de la defensa o la estricta punición. Aquí ha de radicar el punto fundamental de la controversia en la definición universal del acto terrorista, ya que no es claro si es posible justificar actos terroristas que obedezcan a motivaciones políticas plausibles y legítimas o a consideraciones éticas y morales, o si, al menos, estos actos pudieran no ser concebidos como “terroristas”. Desde la doctrina puramente jurídica de los internacionalistas y los defensores del DIH, ningún acto terrorista podría ser justificado, salvo aquellos que se enmarquen en el seno de un conflicto armado entre los combatientes. No obstante, a pesar de este consenso mínimo de la doctrina jurídica internacional, el terrorismo no ha sido incluido como tal entre los crímenes internacionales de competencia de la Corte Penal Internacional, y aun así se acudo a la figura del terrorista para legitimar las misiones militares de las grandes potencias en otros territorios y mostrar las muertes de civiles como bajas terroristas.

Los actos del 9/11 fueron calificados, por parte de las potencias occidentales acudiendo al DIP, como como crímenes contra la humanidad en tanto que fueron cometidos

¹³Ibíd.

como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la sociedad civil, en la manera en que lo establece el artículo 7.1 del Estatuto de Roma de la CPI (1998). La búsqueda de una definición indiscutible sobre el delito de terrorismo siguió siendo discutido en el marco del comité *ad hoc* establecido por la Asamblea General de la ONU (AG) en 1996. Dicho comité, que preparó el Convenio de atentados terroristas cometidos con bombas y el de represión de la financiación, comenzó a finales del año 2000 los trabajos previos para la elaboración de una convención para la lucha contra el terrorismo. Empero, pese a los sucesos del 9/11, no se llegó a la unanimidad respecto a la acuciante definición del terrorismo.

Aun así la AG presionó al Comité para que agilizara su trabajo. Un supuesto primer logro fue la elaboración de un borrador en la Convención internacional contra los actos del terrorismo nuclear durante los primeros años de la década del 2000; además se redactó el informe de la Comisión de Reforma de las Naciones Unidas de diciembre de 2004¹⁴. En él, los actos contenidos en los doce tratados el período 1969-92 serían considerados como crímenes de derecho internacional, específicamente en relación con los preceptos del *ius in bello* en el DIH. La definición propuesta recalca que “[...] todo acto destinados a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo”¹⁵. Como se denota, esta definición es un claro

¹⁴ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Un Mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos. Informe del grupo de alto nivel sobre las amenazas, desafíos y el cambio*. Agencia General de las Naciones Unidas, 2004.

¹⁵Ibíd., p. 55.

parafraseo de aquélla que se mencionó en el Convenio para la financiación, conservando esa difusa categoría de “lesiones graves”, que carece de determinación unificada y queda al libre albedrío de los focos de poder: los Estados potencia; al fin y al cabo el derecho internacional, y específicamente el DIH, es creación de los Estados, es refrendado y modificado por éstos.

La lucha internacional contra el terrorismo es expresión de un convencimiento general e impuesto –por medio de diferentes tipos de condicionamientos, y a través de la expansión ideológica- por parte de los EE.UU. sobre el grueso de la Comunidad Internacional en el sentido de conformar una *opinio iuris* (deber jurídico). Obviando las dificultades descritas para alcanzar una definición uniforme del terrorismo, el CS ha acudido recurrentemente al concepto de terrorismo para calificar determinados comportamientos que, según este órgano, suponían una amenaza para la paz y la seguridad internacional en el sentido del artículo 39 de la CNU, y que hace inexorable la adopción de las contramedidas previstas en el capítulo VII de la CNU, en sus art. 43 y 48, por parte de los Estados miembros. Sumado a esto, tanto la AG como el CS de la ONU, han reiterado en múltiples ocasiones que los Estados deben cuidarse de amparar a grupos terroristas, y evitar que se organicen o ejecuten actos terroristas en sus territorios; ésta es una idea que representa la marcada influencia de los EE.UU. en las construcciones políticas y jurídicas internacionales (ver *infra* 3.2) desde sus estrategias de seguridad.

El CS utilizó sus facultades al sancionar el régimen talibán por medio de la imposición de un embargo, con el fin de acabar el apoyo a grupos terroristas en territorio afgano, pero, simultáneamente junto con la maleabilidad del DIH, permitió el hecho de que se emprendieran medidas contra individuos o grupos de personas, afectando su integridad (aunque sólo se les reconozca la biológica), a pesar de que éstos claramente

no tenían subjetividad internacional, pero la cual se les otorgó en el momento en que fueron señalados como terroristas. Siendo así también la primera vez en que en el derecho internacional se justificó la imposición de sanciones directas sobre personas físicas (ej. Osama Bin Laden) conforme al capítulo VII de la CNU mediante una Resolución 1333 en 2002.

Además, esas medidas también se encuentran apoyadas en una excesivamente amplia interpretación del derecho de legítima defensa (art. 51 de la misma CNU), que se ha hecho muy extensiva, en la que el ataque armado no se limita exclusivamente a la concurrencia de actores estatales, sino que también comprende a los no estatales¹⁶; éste ha sido el concepto de terrorismo que el CS ha usado luego de los hechos del 9/11. Luego de estos acontecimientos, y hasta el 2006, 22 resoluciones contra el terrorismo fueron emitidas por parte del CS.

El CS también ha sancionado actos terroristas según el art. 39 del CNU, que los determina como amenazas para la paz y la seguridad internacional. Cabría preguntar si esas determinaciones se hacen realmente conforme al art. 39, pero esto sería poco relevante en la práctica, ya que es el CS, con el poder de sus Estados miembros, el que defina en cada ocasión, y los demás Estados deberán aceptar sin reservas la postura que éste haya elegido. Otra contrariedad es aquel que atañe a la (ausencia) de subjetividad internacional de los destinatarios de las sanciones impuestas, bajo el art. 39: mientras en los casos en que un Estado lesiona a otro Estado no trae problemas respecto de la subjetividad internacional, en los casos donde median actores no estatales la cuestión

¹⁶TOMUSCHAT, Christian. *Der 11. September und sein rechthilichen Konsequenzen*. Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ), no. 28, 2001. Citado por: AMBOS, Óp. Cit. p. 16.

dependerá de si sus actos pueden imputarse a otro sujeto del derecho internacional, o de si ellos, por sí mismos, gozan de subjetividad internacional, como sucede, por ejemplo, con los movimientos de insurrección que ejercen control sobre un determinado territorio (art. 1º del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra). Empero, las personas físicas (incluyendo a los civiles y no combatientes) y los grupos o asociaciones (ej. Al-Qaeda) no ostentan subjetividad internacional, así la responsabilidad por los actos de personas o actores sin subjetividad internacional depende de la persecución de cada uno de los Estados, los cuales deben asegurar que los ciudadanos sometidos a sus jurisdicciones no cometan crímenes contra personas extranjeras u otros Estados. Si bien el “Estado autor” no debe ser considerado responsable de todos los crímenes que comentan sus ciudadanos nacionales o residentes, cada Estado debe contar con medidas de protección para los demás Estados y, si no es así, estaría legitimando la intervención de Estados más poderosos con el fin de evitar que se desencadene un conflicto armado, y el establecimiento de un estado de excepción permanente.

Volviendo a la disposición de legítima defensa estatal establecida en el art. 51 del CNU. Allí se supone la consideración de los ataques terroristas como ataques armados. Por ataque armado se considera formalmente, por parte de la CNU, se vislumbran no sólo ataques de tipo tradicional, sino asimismo aquellos atentados a través de aviación civil, de carácter informático o en contra de abastecimientos de energías, toda vez que éstos puedan compararse con ataques militares convencionales¹⁷. En este sentido los atentados del 9/11 serían realmente ataques armados, mientras que los atentados de Londres y Madrid sí

¹⁷ SCHALLER, Christian. *Das Friedenssicherungsrecht im Kampf gegen Terrorismus, Swp-Studie*. Berlin, Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit. 2004, p. 12. Citado por: AMBOS, Óp. Cit., p. 23.

serían cabalmente clásicos ataques terroristas, en los que eran faltantes de las características de un ataque militar.

El derecho de legítima defensa depende de una agresión o ataque estatal. Por ende, es una dificultad la imputación correcta de actos de individuos o grupos no estatales a un Estado, cuestión que, en principio estaría reconocida. Es cuestionable que los ataques del 9/11, atribuidos a Al-Qaeda a través del régimen talibán, haya sido imputado a Afganistán como sujeto de derecho internacional; determinación que es apoyada por la mayoría de internacionalistas a la luz del art. 51. Pero es paradójico que para los casos de Londres o Madrid hay serias dudas sobre si es legítima la defensa.

Igualmente, es otra visible duda que aprovecha la doctrina de la “guerra contra el terrorismo” es la ausencia del autor en el lugar de los hechos. Por ello los Estados donde se hayan cometido dichos actos se cometieron requerir la extradición del presunto autor al Estado donde éste resida o se encuentre refugiado. Aquí aparecen las contradicciones de la extradición, especialmente en lo referente a los denominados “delitos políticos”. Frente a esta situación surgieron dos posturas¹⁸: extraer el terrorismo de la lista de delitos políticos, o bien eliminar por completo los límites a la extradición en esta clase de delitos. Esta última opción, que es sin duda la más radical, es la que ha imperado por presión de las potencias occidentales que se hace plausible con la cooperación judicial y el convenio de extradición entre la Unión Europea (UE) y los EE.UU., en aras de eliminar los obstáculos para los procesos de extradiciones. Además, agregando gran cantidad de tratados multilaterales que obligan a los Estados parte a colaborar y mantener la cooperación recíproca, así como juzgar por sí mismos al presunto autor o entregarlo. Es de resaltar, por esta línea,

¹⁸AMBOS, Óp. Cit., p. 24.

cómo respecto de las resoluciones del CS, los tribunales nacionales, de los Estados miembros de la ONU, no pueden subsanar la situación de indefensión, debido a la prevalencia que tienen estas resoluciones, conforme al artículo 103 de la CNU.

Por otro lado, con tino afirma Ambos al manifestar que: “[...] la guerra contra el terrorismo llevada a cabo por Estados Unidos, en relación con la detención con la detención incontrolada de presuntos terroristas, presenta serias fricciones con el Estado de derecho”¹⁹. Por esta razón es funcional el sistema de Estados de Derecho en el que rige el DIH, bajo la tutela de las potencias occidentales; sólo se puede mantener como una ficción en términos formales, para que el acervo de herramientas jurídicas internacionales tengan “validez”, pertinencia y “legitimidad”.

Sobre todo luego del 9/11, una gran cantidad de “combatientes ilegales enemigos” fueron recluidos en la bahía de Guantánamo y una base de los *marines* ubicado en el estado de Carolina del Sur²⁰. El gobierno estadounidense no ha tratado a dichos prisioneros de acuerdo a un estándar jurídico común o normal, sino conforme a todo un espectro legal diverso²¹, del cual es cada vez más parte el maleable DIH. Ésta es una intención política –que ha permitido irrestrictamente el DIH- que se ha basado en la consideración de individuos llamados “terroristas” como “enemigos” por lo

¹⁹Ibíd., p. 55.

²⁰Se estima, según Ambos, que el número de detenidos hacia 2006 era de más 600 personas. El periódico *Washington Post* publicó en 2005 una lista de detenidos (donde más del 95% son de medio Oriente), cuya identidad se dio a conocer gracias documentos de prensa, organizaciones de ayuda a presos, documentos jurídicos y entrevistas con familiares y abogados. Citado por: AMBOS, Óp. Cit., p. 55. Disponible en la web: http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/guantanamo_names.html

²¹ FLETCHER, George. *Black Hole in Guantánamo Bay*. En: Journal of International Criminal Justice (JICJ), VOL. 2, issue 1, 2004, P. 121-132.

que, presuntamente, merecían un trato como tales: sustrayéndoles sus derechos.

Para 2004, exactamente el 28 de junio, la Corte Suprema de Estados Unidos se pronunció acerca del derecho de los “detenidos” a obtener una revisión judicial de su situación ante los tribunales estadounidenses (*hábeas corpus*)²². La sentencia fue favorable a que los recurrentes pudiesen revisar sus casos, con lo que se les permitió acceso a los tribunales estadounidenses. Pero, de forma paradójica, el representante del gobierno de Estados Unidos, fundamentando su postura en la *Judicial Restraint* (limitación del propio poder del juez) por la que la judicatura no podría revisar las medidas que el poder ejecutivo haya adoptado. El caso específico al que se hacía referencia trataba sobre asuntos militares, detenciones en el extranjero y un posterior apriamiento en territorio cubano. No obstante, la argumentación del representante del gobierno estadounidense fue refutada por el alto tribunal, considerando que Guantánamo pertenecía al territorio estadounidense desde que, en 1903, se firmó un contrato de arrendamiento con Cuba. Aparte, la Corte Suprema consideró que la doctrina de la *Judicial Restraint* había sido rechazada con anterioridad en los términos planteados.

En cualquier caso la Corte Suprema no se pronunció frente a dicha cuestión de fondo: la cuestión de la legalidad de las detenciones. De ello se encargaron los tribunales de instancia, los cuales quedaron imposibilitados para inadmitir, desde su origen, a cualquier recurso por falta de competencia judicial de los tribunales estadounidenses. Como resultado de todo esto se produjeron dos sentencias contradictorias de los tribunales de instancia de Washington D.C. En una de ellas

²² Caso *Rasul vs. Bush*, 124 S. Ct. 2686 (28.06.2004). Citado por: AMBOS, Óp. Cit., p. 56.

un juez denegó a los detenidos el derecho de revisar su detención, debido a que éstos no residían en territorio norteamericano en el momento de su detención, y aplicó la *Judicial Restraint*. En sentido divergente se manifestó una jueza, quien declaró aplicable el artículo 5º de la Constitución de Estados Unidos acerca del derecho al debido proceso (*due process clause*) y la tercera Convención de Ginebra referente al trato de prisioneros de guerra, además expresó ciertas dudas en torno a la constitucionalidad el procedimiento de revisión militar a través de la *Combatant Status Review Tribunal* (CSRT), que fue creado por el Ministerio de Defensa de EE.UU. para revisar si la calificación de cada “detenido” como *enemy combatant* es o no procedente. Otra cuestión diferente fue la declaración de inconstitucionalidad de las comisiones militares establecidas por el gobierno de George W. Bush a través de una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, del 29 junio de 2006.

En el caso británico, ilustra Ambos²³, una resolución de la Cámara de los Lores (*House of Lords*), en relación con los detenidos de la prisión de Belmarsh²⁴, apuntó a seguir una línea garantista y protectora de los derechos fundamentales que consagraría un Estado de derecho. Los lores se pronunciaron sobre la compatibilidad de las detenciones de presuntos terroristas no británicos por tiempo indefinido y sin intervención judicial, previstas en el *Terrorism, Crime, and Security Act* (2001), con el artículo 5.1 f. del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). De acuerdo con este artículo del CEDH, toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad, y sólo podrían ser desprovistos de ellos en los casos previstos en los literales a-f del mismo artículo 5º del CEDH. El artículo 5.1 f dictamina el arresto o la

²³AMBOS, Óp. Cit., p. 58.

²⁴GRABENWARTER, Christoph. *Europäische Menschenrechtskonvention*. 2ª ed., München/Viena, C.H. Beck, 2005. Traducción libre del autor.

detención para evitar el ingreso irregular de personas en el territorio británico, o en contra quien esté abierto un proceso de expulsión o extradición. No obstante, los detenidos del Belmarsh no satisfacían los requisitos del art. 5.1. Y es por esta razón que el legislativo británico prescribió la *derogation order*, por la cual cualquier persona presunta o sospechosa de ser un terrorista internacional podía ser detenida siempre que existiesen impedimentos del derecho internacional – formado y sustentado por los Estados- para procederá su expulsión, o cuando por razones de oportunidad fuera procedente hacerlo. Según el juicio de los lores de la ley (*law lords*), la mencionada *derogation order* no cumplía con los requisitos que el artículo 15 del CEDH había dictado para los “estados de emergencia”, y se dirigía de manera discriminatoria en contra de personas de nacionalidad extranjera, dado que ella no aplicaba para los nacionales británicos.

Esas actuaciones de las potencias occidentales, especialmente de las sentencias de los altos tribunales de EE.UU. y el Reino Unido (con la declaración de la inconstitucionalidad de las comisiones militares en EE.UU., o la crítica de los lores a la *derogation*) se plantearon, de manera aparente, como esperanzas para instituir límites a la “guerra contra el terrorismo” en pro del respeto de los derechos fundamentales. El punto está en que cada vez estuvo más modificada esa noción de derechos, por parte de la ideología predominante en el ámbito jurídico, sobrepasando, y hasta anulando, al político. Esas medidas coadyuvaron el intento de los Estados potencias en Occidente de rodear de legitimidad y credibilidad su accionar determinista, presuntuoso de ser justificado y deliberado con anterioridad en sedicentes ámbitos de discusión democrática.

A este respecto es inexorable detenernos en uno de los instrumentos jurídicos más trascendentales que aplican las

potencias, especialmente luego del 9/11: el derecho penal del enemigo. Derecho cuya vasta aplicación se ve favorecida por la maleabilidad del DIH, que no plantea limitaciones reales a la incontrolada acción de aquél.

2.1.1. La *Hostis Iudicatio* en el campo de la indecibilidad

El asunto del derecho penal del enemigo, en el contexto del terreno de indecibilidad –que se asienta en un terreno de acción amplio coadyuvado por la maleabilidad del DIH- entre violencia y derecho, existencia biológica y vida política, entre *zoe* y *bios* y, en el ámbito del lengua, entre *phone* y *logos*, es un “hábitat” sustentado por la ausencia de comunicación donde el reo-enemigo no es sujeto reconocido, interlocutor de un diálogo, sino objeto de neutralización en cuanto se considera peligroso para la sociedad, en este caso internacional, por parte de una auto-establecida policía, con carácter soberano: las potencias occidentales en cabeza de EE.UU. que se erige como quien determina a la seguridad como derecho fundamental de los ciudadanos o, mejor, de aquellos a los que le otorga el beneficio de la ciudadanía en el mundo.

El análisis jurídico-político realizado por el catedrático italiano Luigi Cornacchia²⁵, permite claras bases para el desarrollo de un estudio de los fenómenos que plantea el DPE en el dominio del estado de excepción, la concepción de la nuda vida y la sustracción en el proceso del lenguaje. La seguridad, desde los preceptos del DIH, influenciados en su construcción por las doctrinas del pensamiento convenientes a la hegemonía ideológica de los valores fundamentales estadounidenses (libertad, democracia y libre mercado), se

²⁵ CORNACCHIA, Luigi. *La moderna hostis iudicatio: entre norma y estado de excepción*. En: Cuadernos de conferencias y artículos, Serie orientada por Eduardo Montealegre. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007, no. 42.

instituye como salvaguarda absoluta frente al estado de excepción, que se argumenta desde la existencia de un terrorismo ubicuario, proveniente de lugares indeterminados, que se supone practicado por individuos que pertenecen a organizaciones transnacionales –que no coinciden inexorablemente con un terrorismo estatal-. Una amenaza ambivalente en una coyuntura donde la división territorial interno/externo, en cuanto a los presuntos conflictos intermésticos (de imbricación e influencia mutua entre de la estabilidad doméstica y los factores internacionales), se emplaza como difusa²⁶.

En este estado de cosas se hace alusión a un DPE que indica la idea de una “herramienta de lucha” contra un fenómeno criminal: una máquina que actúa para ubicarse a sí misma como la única posible, legítima y legal. La exposición –muchas veces hecha paroxismo- de las sociedades coetáneas a la amenaza del terrorismo, que se advierte como idóneo para poner en peligro la misma existencia de la sociedad civil, se intenta justificar, por parte de las potencias occidentales, las medidas drásticas que han presupuesto la “extromisión” de ciertos individuos, su reconocimiento negativo como enemigos, la sustracción de sus derechos civiles y políticos (no sólo su interdicción y privación) y su anulación en el circuito del lenguaje.

El real problema no viene dado sólo por la legitimidad de las medidas específicas, incluso aflictivas (anticipación de la punibilidad según la doctrina de seguridad preventiva, la introducción de nuevos tipos incriminadores en el derecho

²⁶ ESTADOS UNIDOS. DEPARTAMENTO DE ESTADO. *Estrategia de Seguridad de Estados Unidos: Defender al país de sus enemigos es compromiso fundamental con el pueblo norteamericano*. Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos de América, La Casa Blanca, Washington, septiembre de 2002. Disponible en la web: http://usinfo.state.gov/esp/Archive_Index/Estrategia_de_Seguridad_Nacional_de_Estados_Unidos.html

internacional, reducción y eliminación de garantías personales, etc.) a las que recurren los ordenamientos actuales, sino también de su presupuesto que constituye la razón unificadora de la exclusión y el ostracismo respecto de sujetos incluso sólo considerados como sospechosos para la seguridad de los Estados, del sistema de Estados: de la hegemonía ideológico-política imperante. Los mecanismos del DIH, así como de todo el derecho internacional, han permitido no la punición del reo, sino de la neutralización y anulación del enemigo; “[...] *enemigo público (hostis), es decir, enemigo de las instituciones, de la sociedad, del Estado, y que se coloca por tanto, en una línea de ruptura del pacto social que no es ocasional y no, en cambio [...] mero adversario privado (inimicus)*”²⁷. La neutralización está compuesta por un momento comúnmente considerado como irrenunciable, la privación de los derechos civiles y políticos²⁸ y las violaciones legalizadas al DIH²⁹: se demuestran en las legislaciones, por ejemplo, del sedicente ideal de Estado democrático, EE.UU. La privación del estatus de ciudadano en la persona de quien venga definido como una suerte de “enemigo interno” no es

²⁷DONNI, M. *El derecho penal frente al enemigo*. En: CANCIO MELIÁ, Jorge y GÓMEZ-JARA, Carlos. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid, Edisofer-Bdef, 2006. Citado por: CORNACCHIA, Óp. Cit. p. 7.

²⁸THE WHITE HOUSE. *Military Order of November 13, 2001. Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism*. Óp. Cit.

UNITED STATES CONGRESS. *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT): Act of 2001 (HR-3162)*. Public Law 107-56, 107th Congress, Signed by President George W. Bush, October 26, 2001. Disponible en la web: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>

²⁹UNITED STATES CONGRESS. *Military Commissions Act of 2006 (HR-6166): To authorize trial by military commission for violations of the law of war, and for other purposes*. Public Law 109-366, 109th Congress, Signed by President George W. Bush, October 17, 2006. Disponible en la web: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/PL-109-366.pdf

un fenómeno estrictamente moderno, como lo demuestra Agamben³⁰ al subrayar la dimensión metajurídica y anómica, en el derecho romano, de la *auctoritas*, de la que la *hostis iudicatio* por parte del senado no constituía más que una manifestación, en contraposición a la normativa jurídica de la *potestas* de los magistrados. En las situaciones excepcionales en las que un ciudadano romano amenazaba a la *respublica* mediante conspiración o traición, el Senado podía hacer uso de su *auctoritas* para declarar a este sujeto como enemigo público (*hostis iudicatio*): esta declaración implicaba la privación de todo estatuto jurídico, de manera que el *hostis iudicatus* era susceptible de ser despojado de todos sus bienes, incluso de su propia vida, diferenciándose el supuesto enemigo extranjero que venía protegido por el *ius gentium* (derecho de gentes). Empero, el fenómeno al que atendemos hoy es la actualización de la *hostis iudicatio* y la difuminación del *ius gentium*, en un contexto internacional de Estados de derecho, pero con un claro hegemonía predominante que aprovecha el maleabilidad y la incapacidad reguladora y sancionatoria del DIH.

En un caso extremo, pero real, de un estado de excepción que no cesa, las ideas predominantes y restrictivas han llevado a las sociedades occidentales a admitir una debilidad que se manifiesta como una tendencia anómica, aceptando la intervención de los poderosos y el respeto de sus “incuestionables” medidas. El DPE aparece en su origen como el *locus* en el que la sociedad ya no puede reconocer estatus. Aquél en que las acciones de algunos asociados no pueden entenderse con el significado del quebrantamiento de un rol, sino que debe interpretarse como pura expresión de agresión, a la que el Estado debe responder en los mismos términos, o más comúnmente, apelar a la seguridad preventiva y la

³⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción (Homo Sacer II, 1)*. Óp. Cit., p. 109.

anticipación de la reacción. Desde esta visión, la anomia inherente del derecho penal del enemigo –inscrito en la dinámica del estado de excepción imperante–, parece ser un modo divergente de expresar la carencia de identidad normativa de las mismas sociedades occidentales³¹. Con respecto al contexto que nos convoca, estaría siendo ignorado por Cornacchia, en cierta manera, cuando éste afirma que “[...] el ‘derecho’ penal del enemigo no se trata de una reacción delirante, presa del terror, sino de una respuesta en cualquier caso, por cuanto posible, racional, que, aunque excluye el diálogo con el ‘enemigo’, en todo caso intenta mantener lo más amplio posible el ámbito de comunicación que funda la sociedad”³². Cornacchia pasa por alto que precisamente el DPE se basa en una reacción delirante, por la “legitimidad” de unas comunidades presas del terror en una sociedad del espectáculo y del miedo, donde no sólo excluye el diálogo con el enemigo y se reduce el campo (determinado a interés) de la comunicación –sustrayéndole sus capacidades como sujeto de lenguaje–, sino que le anula a ese enemigo todos sus derechos civiles y políticos bajo la inoperancia y permisibilidad del DIH.

El punto es que la *hostis iudicatio* representa la indicación del estado de excepción como forma permanente y paradigmática de gobierno en Occidente, cuyo debate es de larga data en el ámbito jurídico constitucionalista, y donde no sólo se estatuye la exclusión de algunos sujetos no sólo del circuito de la comunicación y del lenguaje, sino también de aquel que conforman los cuerpos político, reduciéndoles a meros seres con cuerpo biológico emisores de ruido, más no poseedores de *logos*. En este contexto, el derecho penal del enemigo, casi que planteado en contraposición al derecho penal del

³¹CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿“Derecho penal” del enemigo?, En: JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 96.

³²CORNACCHIA, Óp. Cit., p. 10.

ciudadano, constituye la formalización estructural mínima de la sociedad del miedo y el estado de excepción permanente, asentados en el terreno sin restricción que permite el DIH – con su condición maleable-, además de coadyuvados por este derecho. La doctrina constitucionalista –tal vez con menos escrúpulos que la penalista, por estar más acostumbrada a una visión descriptiva del análisis jurídico- acepta la distinción entre el sistema “ordinario legal” y el “sistema extraordinario o factual”, ambos de orden jurídico, una duplicidad que se presenta como necesaria por la misma lógica de los ordenamientos, que impone el reconocimiento *de facto* de los estados de excepción, o de crisis, o de emergencia. Ésta es una admisión que, en todo caso, no es realmente pacífica, ya que entre constitución y excepcionalidad parece haber una dicotomía incurable: la primera se destina a salvaguardar principalmente el orden de las instituciones y la identidad de la sociedad, por eso su estabilidad, lo cual parece implicar la normalidad natural del régimen constitucional de los Estados de derecho creadores y garantes del DIH; mientras la excepción simboliza, por su misma esencia, una ruptura de la normalidad.

Así, el estado de excepción como ruptura de la normalidad constitucional, bajo el presupuesto de una valoración de inevitabilidad, regularmente acarrea la suspensión, justamente excepcional, de ciertos principios constitucionales; sin embargo, las mismas normas no quedan eliminadas sino que permanecen *stand by*, o sea, recuperan una aplicabilidad total cuando cesan los presupuestos de la excepcionalidad. Además de esto, la derogación de la normalidad debería ser provisional -al ser de naturaleza “no permanente”-, que es un carácter fundamental (formal) del régimen de excepción, teniendo en cuenta que éste podría renacer cada vez que una real situación de peligro se presentase.

Los efectos que se generan, por un lado, son una suspensión temporal de los principios relativos a la organización constitucional: comúnmente, concentración de poderes “excepcionales” en manos del ejecutivo, acompañada a menudo de la acentuación de los poderes de policía. Una mutación del reparto de las competencias constitucionales significa una transición de sistema de separación de poderes a sistema de concentración de poderes. Por otro lado, y paradójicamente, en un estado de excepción permanente, declarado por una situación de guerra que se presenta también como permanente por parte de las potencias occidentales –quienes también determinan unilateralmente a ciertos ciudadanos como terroristas y combatientes, impidiendo que sean protegidos por el derecho internacional- y donde se aplicaría el DIH, se atiende a la suspensión -ya no temporal sino asimismo permanente- de los principios constitucionales que garantizan los derechos civiles, político y económicos de los ciudadanos quienes, sustraídas estas características –que son el mismo contenido de la ciudadanía-, quedarían reconocidos y protegidos por el DIH en tanto –y sólo así- como cuerpo biológico.

Por esto el DPE debe enmarcarse ineluctablemente en el ámbito del problema del estado de excepción, específicamente, con relación a las cuestiones originadas por la suspensión presuntamente provisional de las garantías constitucionales que directamente incide en los derechos de los ciudadanos. El estado de excepción permanente de carácter internacional incentivado por EE.UU., emerge como una manifestación e implementación de un principio de “autoconservación” del ordenamiento (concretamente de los sistemas constitucionales a la manera paradigmática de Occidente y de una sociedad del miedo y moral construida sobre el espectáculo), y trae como consecuencia de un principio de “necesidad”, dado que el derecho penal del enemigo disciplina de hecho de forma estable y mediante ley ciertas situaciones marcadas por el estado de excepción. Tal

como el estado de excepción se justifica sobre la base del principio de necesidad, el derecho penal del enemigo, que está estrechamente ligado al estado de excepción, se justifica sobre la base del principio de autoconservación de un modelo occidental de sociedad o bien, de acuerdo con Schmitt del derecho del Estado a su conservación³³. El problema de la introducción de un régimen especial, o del derecho penal del enemigo, no se puede esclarecer simplemente con etiquetas como “anti-democrática” o “inconstitucional”; la cuestión fundamental sería la de establecer si este régimen especial es adecuado para proteger las instituciones constitucionales y democráticas, y a la misma ciudadanía, de agresiones internas o externas, y si se encuentra justificado por una situación de necesidad de la que dimana un peligro imposible de afrontar de otra forma.

El derecho penal del enemigo acarrea la introducción, por parte de las potencias occidentales, de nuevos tipos delictivos alrededor del terrorismo y relacionados –en ocasiones de manera simbólica- con el estado de excepción y con la agravación de las penas de los delitos ya tipificados. Se buscan incriminar conductas marginales y hasta incomprensibles. Las potencias recurren al esquema del delito de asociación y de tipos contruidos de manera diversa según una técnica de consumación anticipada, inscrita en las doctrinas de seguridad preventiva y colectiva, donde se sanciona incluso a partir de la mera sospecha de acciones subversivas o actos preparatorios. Esas doctrinas aplicadas por las potencias, hacen uso de coeficientes puramente subjetivos en la connotación del desvalor del tipo delictivo, cuyo ejemplo sintomático sería la “finalidad del terrorismo”, hasta poner en el núcleo la personalidad subjetiva del “reo”, su subjetividad aparentemente subversiva, su historial, su postura política, ideológica, los orígenes ambientales,

³³SCHMITT, Carl. *Teología política*. Madrid, Editorial Trotta, 2009.

llegándose a la incriminación unilateral de verdaderos y propios tipos de autor³⁴. Vienen previstas nuevas medidas de seguridad y, en ciertas situaciones, incluso medidas de prevención antes del delito. Se asiste a una ampliación de los poderes de investigación, previsiones de limitación de las garantías individuales y, especialmente, la suspensión del *habeas corpus*.

Se instituyen también derogaciones a los principios constitucionales de inviolabilidad de la persona, de prohibición de arresto ilegítimo, de derecho a la defensa –incluyendo la eliminación de la protección legal-, y de las garantías procesales. El instrumento deviene más en un instrumento de definición del reo, del mero detenido, más que en una prueba del hecho. No se trata tanto de corroborar si aquél detenido ha cometido un delito sino si es un enemigo, un terrorista: un criminal no recuperable. Con el uso paternalista de una alternativa entre encarcelación preventiva o colaboración (aceptación y delación de otros sujetos por delitos no comprobados) con la justicia. En las legislaciones posteriores al 9/11, de lucha contra el terrorismo, se prevén limitaciones al derecho de asociación, a través de la previsión de maneras de control de las finalidades del vínculo asociativo y la prohibición de determinadas formas de asociaciones políticas y religiosas (especialmente islámicas). La limitación de las garantías constitucionales en muchas ocasiones perjudica sujetos que no están directamente implicados en actividades terroristas, sobre la base de simples sospechas, viéndose afectados totalmente al serles sustraídos todos sus derechos civiles, político y económicos, además de quedar sin protección por parte del DIH.

La relación entre el estado de excepción permanente y el derecho penal del enemigo manifiesta otra cuestión importante. Si el estado de excepción produce derecho de

³⁴JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. Óp. Cit., p. 101.

excepción produce derecho, entonces para que el derecho pueda legitimar el estado de excepción, con todo lo que esto conlleva sobre el plano de las garantías individuales. Paradójicamente en la formalidad jurídica la expresa previsión del estado de excepción en algunas constituciones más avanzadas de las democracias occidentales (ej. Alemania, Francia)³⁵, ciertamente no parecería estar dirigida a la suspensión de los derechos de libertad e instauración de regímenes autoritarios. El DPE no es un panorama nuevo si no que tiene una amplia tradición histórica y, además, es en nuestros días una realidad cada vez más conocida, se encuentra en todos los ordenamientos de las potencias occidentales, y se va propagando de manera más o menos consistente; cada vez hay más sistemas sintomáticos, basados en la peligrosidad del detenido, y que pertenecen al derecho penal económico, ambiental, al derecho contra la criminalidad organizada. En el vínculo DPE/estado de excepción permanente, empero, es posible determinar que mientras la cuestión del primero es *prima facie* un problema normativo con perfiles axiológicos, el universo del segundo es prácticamente real, plausible e inmediato. No sólo se trata aquí de diferir en si debe admitirse su legitimidad, sino también atender la cuestión encontrar el sustento de normalidad que ha adquirido el estado de excepción para hacerse permanente.

Ya se anotado cómo la legislación de lucha contra el terrorismo, introducida en varios ordenamientos de países democráticos de Occidente luego de los hechos del 9/11, ha optado por una tendencia limitadora de derechos fundamentales y justificada en razón de la precedencia marcada por las exigencias de las doctrinas de seguridad colectiva y preventiva, asumiendo caracteres de indeterminación temporal y definitiva. Este fenómeno parece

³⁵ CORNACCHIA, Óp. Cit., p. 20.

imponer una inversión de la perspectiva formal: la excepción apunta a convertirse en crónica, transformándose gradualmente de una medida provisional y extraordinaria a un modelo de política también criminal. Ejemplo de esto es la legislación de EE.UU. después del 9/11 (sobre la cual se hará un recuento y análisis más profundo en el siguiente apartado 3.1.2), como el *Usa Patriot Act* de octubre de 2001 (Ley Patriota) o las *Executive Orders* que le siguieron inmediatamente, en donde se limitan fuertemente derechos sustanciales y garantías de defensa a sujetos sospechosos de actividad terrorista. Por su parte, Gran Bretaña que, luego de la legislación de lucha contra el “terrorismo” irlandés representado en IRA (Ejército Republicano Irlandés Auténtico) de las décadas anteriores, ha desarrollado y promulgado el *Terrorism Act 2000* y, posteriormente, el *Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001. Mientras que en Alemania se encuentra vigente la *Terrorismusbekämpfungsgesetz* (Ley contra el Terrorismo) del 9 de enero de 2002.

Estas legislaciones de excepción adoptadas en todo el mundo occidental³⁶ de manera ulterior al 9/11 introducen tanto medidas con límites temporales -pero a menudo calificadas como prorrogables si persiste la necesidad que las justifica-, como también medidas a tiempo indefinido que tienden a ser crónicas y definitivas, concretando un ámbito internacional de un estado de excepción. Se ha pasado de una aversión liberal contra la introducción formalizada de los estados de excepción a una progresiva superación de la distinción entre derecho normal y derecho excepcional. La excepcional deviene en regla y norma: es esta la faceta de pretensión jurídica el estado de excepción permanente a nivel internacional.

El derecho concebido después del 9/22 asume cada vez más connotaciones de una “guerra global” de conflictos continuados, intermésticos, contra enemigos que operarían

³⁶Ibíd., p. 22.

tanto interna como externamente en los Estados³⁷. La excepción viene introducida comúnmente por recursos en fuentes ordinarias (ley), sin hacer proclamaciones formales del estado de excepción. Éste hoy en día ya no viene proclamado, se prescinde de una instauración formal del régimen de suspensión de garantías, reflejo de que la amenaza de terrorista sea prolongada en el tiempo, o incluso a tiempo indefinido. El peligro se presenta extendido, viene subsumido en la vida cotidiana ordinaria, se hace evidente el fenómeno de la normalización del estado de excepción. Se apela al pensamiento instaurado por las potencias occidentales de que son visibles dimensiones transnacionales del fenómeno terrorista, tanto en sus orígenes (imposibilidad de individualizar una sede central en algún Estado) como en el ámbito sus efectos letales (incapacidad de cualquier Estado de estar completamente a salvo), el estado de excepción, además -de permanente, tiende a convertirse en "global". Pero tal modelo es contrario a los pretendidos principios (constitucionales) de necesidad que justifican el estado de excepción, y al principio de autoconservación.

Agamben³⁸ en su estudio sobre el *Senatus Consultum Ultimum* romano, relaciona a éste con el *Iustitium* (arresto, suspensión del derecho) ya trae consigo en su denominación la evidencia de la naturaleza de medida excepcional, de suspensión temporal de cualquier actividad judicial de los magistrados y comercial, como consecuencia de hechos que subvertían toda vida pública. Ejemplifica entonces una situación de ausencia de derecho, de un vacío jurídico absoluto aunque no permanente. Pero el estado de excepción al que atendemos manifiesta un equilibrio precario entre exclusión (*kenoma*) y coacción (*pleroma*). La plenitud de

³⁷ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. Óp. Cit., p. 23.

³⁸ AGAMBEN. *El poder soberano y la nuda vida (Homo Sacer I)*. Óp. Cit., p.65.

poderes (el estado de excepción es pleromático en la medida en que los poderes trascienden incluso en contra de las garantías individuales) se conjuga con una sustracción de derechos que genera un vacío. El vínculo con la necesidad de adoptar medidas de excepción para proteger las instituciones constitucionales y a los ciudadanos, representa la negación del estatus mismo de ciudadano que las amenaza, impidiendo a éste ser un sujeto protegido por el DIH.

Así, el DPE, que supone la expresión del Estado de excepción, revela el ámbito de la exclusión mediante la pura coacción. El ciudadano, que se plantea como la oposición del súbdito monárquico, como sujeto de derecho (sujeto de las mismas normas de las que sería destinatario), organización descentrada, porción de algún Estado. El ciudadano en la formalidad se vislumbra como un sujeto activo, es parte integrante del poder que establecen las normas, portados de derecho subjetivos que integran funcionalmente la misma estructura organizativa del Estado. En el Estado de derecho, mantenido como una ficción formalista por el paradigma de las potencias occidentales, el ciudadano es reconocido como un sujeto responsable, garante del correcto uso de la libertad. Todo ciudadano como parte orgánica y descentrado de su Estado, reproduce el *todo* que estructura a este último; empero, en situaciones extremas, como se supone lo es el estado de excepción, algunos de esos ciudadanos se ven privados de su estatus, son degradados de sujetos responsables del derecho y el lenguaje, que ahora son constituidos como objeto de imposición coactiva (*hostis iudicatio*), no sólo por parte de su propio Estado, sino desde las acciones de aquellas potencias que les consideren terroristas.

El derecho penal del enemigo constituye la coyuntura de un imperativismo donde se pretende la obediencia a una orden, no una asunción de responsabilidad respecto de un estatus formal y realmente reconocido. Falta el reconocimiento del

estatus, por tanto, el detenido, el enemigo propiamente no es responsable, es tan sólo un individuo al que se le ordena algo con la fuerza de la ley. El enemigo no es tomado en serio en cuanto persona –titular de derechos y deberes políticos y civiles- sin meramente rechazado como individuo -¿humano?- peligroso, y la pena no tiene un fin comunicativo sino la finalidad de combatir peligros efectivamente. Se trata de un sistema de incapacitación coactiva del peligro criminal individual, en el que la pena, en una peculiar dimensión de prevención especial, se convierte en una suerte de proceso de eliminación de su personalidad, determinándole a su existencia biológica: un medio de “selección social artificial”³⁹. Por medio de la *hostis iudicatio* se desconoce radicalmente la esfera de la libertad de los sujetos pasivos de las sanciones, su estatus mismo.

En ciertos ámbitos el DPE se ha desplegado no sólo como proyecto de exclusión de los sujetos, sino también como medio para la creación de vigencia de la norma. Estos ámbitos son aquellos en los que operan los tribunales con jurisdicción internacional, tal como los encargados de juzgar hechos gravemente lesivos a los DDHH y el DIH. Los tribunales penales internacionales (Tribunal Penal Internacional Permanente, TPI) -bajo la ficción de la vigencia unilateral de los DDHH que, justamente, respecto a los países de procedencia de los imputados no puede invocarse- no persiguen la estabilización y la conservación de tales derechos, sino su afirmación originaria, o sea, la fundación de su vigencia⁴⁰. Entones, en ausencia de una presumida ciudadanía universal no existe un estado real de vigencia del derecho; se trata de excluir a los individuos que la doctrina de las potencias occidentales, de EE.UU., determinen como peligrosos y terroristas. En este caso Cornacchia afirma:

³⁹ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. Óp. Cit., p. 99.

⁴⁰ Ibíd. p. 54.

“Entonces, el derecho penal del enemigo asumiría una doble dimensión: A. de instrumento de neutralización de peligros en ámbitos marcados por el estado de excepción: derecho penal del enemigo como exclusión. B. De medio previo para el establecimiento de un nuevo orden jurídico, como consecuencia de la derrota en la guerra de un enemigo o, en todo caso, de un cambio político (por tanto siempre en el ámbito del derecho penal internacional)”⁴¹

Es notorio que el orden jurídico-penal internacional –que ha buscado consolidar los EE.UU-, .respecto de los sujetos que pertenecen a Estados en los que los DDHH se violan sistemáticamente, por lo general no es más que la consecuencia de la guerra contra el terrorismo a nivel global y de una ley impuesta por los mismos vencedores: las potencias occidentales. La lógica amigo-enemigo se puede hallar en las motivaciones de los tribunales *ad hoc* que han aplicado normas y sanciones en el campo internacional, aprovechando instrumentos moldeables y funcionales, fácilmente eludibles, como el DIH. No obstante “[...] respecto de este ámbito se tomar en consideración que normalmente el ‘enemigo’ (el mero detenido)”, *justo en el momento en el que viene sometido a la jurisdicción del tribunal internacional, ya no es peligroso (a través del cambio político o de la intervención militar en su país de origen): ¿derecho penal del enemigo contra un ‘enemigo’ que ya no lo es?*⁴².

En el ámbito del derecho internacional penal, del Estatuto de Roma, se criminalizan sujetos específicos, reduciéndolos a individuos sin capacidad de *logos*, por hechos que no son de su competencia, sino que corresponden a sus Estados de

⁴¹CORNACCHIA., Óp. Cit., p. 39.

*Los paréntesis son nuestros.

⁴²Ibíd., p.39.

proveniencia o a otros grupos a los cuales realmente no pertenecen, asumiendo a simples ciudadanos como combatientes de grupos subversivos. El carácter permanente y paradigmático del estado de excepción es ensalzado por la doctrina estadounidense como un valor simbólico cuya aceptación es impuesta a la comunidad mundial y advertencia a las generaciones futuras en la sociedad del miedo y el espectáculo. Sociedad que está cada vez más obligada a admitir intervenciones con funciones discriminatorias, por parte de las potencias de Occidente. Potencias que adoptan medidas de excepción en supuesta defensa de las instituciones constitucionales y de los ciudadanos, justificando medidas concretas y especiales –cuando deberían ser generales y abstractas desde la formalidad jurídica-, dirigidas a grupos de sujetos identificados y determinados concretamente. Son concurrentes los casos, en medio de las intervenciones militares de las potencias de Occidente en Oriente, donde la *hostis iudicatio* ha sobrepasado la mera neutralización de las supuestas fuentes de peligro, cuyo fin sería la conservación de la sociedad, para convertirse en instrumento de demonización de ciertos grupos poblacionales no siempre delincuentes. La presunta amenaza del terrorismo islámico no puede legitimar las medidas represivas apriorísticas –de tipo racista, xenófobo, paternalista- contra los miembros de las comunidades islámicas, así como los de cualquier otro grupo cultural, racial o religioso.

El DPE necesita de un sistema de Estados de derecho, de una ficción instrumental, para seguir recurriendo a disfraces que le hagan pasar como derecho penal del ciudadano. El DPE devino en un instrumento letal de las potencias occidentales, con incontroladas potencialidades como las que posee el mismo estado de excepción. Y tal como ese estado de excepción como forma paradigmática de gobierno permanente, el derecho penal del enemigo ha logrado un

rasgo de normalidad. Todo esto cuando ambos se supondrían formal y legalmente como *ultima ratio*.

2.2. El caso paradigmático de los Estados Unidos: medidas legislativas, jurídicas y políticas

La guerra contra el terrorismo, que llevan a cabo las potencias occidentales, se basa en una forma paradójica de discurso caracterizada por una emergencia que reclama medidas urgentes e inmediatas y, simultáneamente, se presenta como una confrontación permanente, sin un fin posible en el panorama⁴³. Una emergencia que asienta un estado de excepción como una forma duradera de gobierno, como el régimen político idóneo para la defensa de la democracia y de los DDHH. Contradictoriamente, los ciudadanos de los Estados de derecho deben estar preparados para abandonar sus derechos inmediatos y su libertad “por el bien” y la salvaguarda del régimen democrático autoproclamado y abstracto, hasta por un tiempo indefinido. Al suspender la ley e inscribir tal suspensión en un nuevo orden legal, el estado de excepción legitima un cambio sustancial –de manera subrepticia o no- en el régimen político; el caso paradigmático de esto es, sin duda, el de EE.UU. con quien la guerra contra el terrorismo manifiesta la capacidad de reorganizarse a nivel mundial.

Los procedimientos de la excepción instalada en su nombre dan cabida al establecimiento de un orden legal nuevo que aumenta los poderes judiciales de las autoridades administrativas. Por ello la guerra contra el terrorismo es constitutiva; altera el ejercicio de soberanía interna y externa, y se dirige a una solidaridad orgánica entre varios gobiernos en la vigilancia y represión de sus poblaciones. La frontera

⁴³PAYE. *Global War on Liberty: War against Terrorism or War against Populations*. Telos Press [En línea], abril 9 de 2007, Disponible en la web: <http://www.telospress.com/?s=global+war+on+liberty>

entre el mantenimiento del orden y la guerra, es borrosa. Las guerras reales están presentadas por operaciones excesivamente policiales, y el control sobre ciudadanos se lleva a cabo por medio de procedimientos que pertenecen a la rama del contra-espionaje. En este proceso globalizador, EE.UU. ocupa un sitio excepcional. Gobierna una estructura política imperial en el cual su administración tiene el privilegio de determinar la excepción e inscribirla en la ley. Para la autoridad ejecutiva de EE.UU., la lucha contra terrorismo es una guerra y no una operación de policía sencilla. A raíz de esta interpretación, ha instalado un grupo de medidas que socavan las libertades, justificado en el nombre de un estado de excepción. Esta situación hace posible la supresión de la figura del *hábeas corpus* para los extranjeros que sean sospechosos de terrorismo, y hace a la población entera sujeto susceptible de vigilancia ininterrumpida. La referencia a un estado excepción permanente, a causa de un estado de guerra global e incesante –donde se supone que debiera aplicarse el DIH-, ha permitido que el gobierno estadounidense pueda tratar a “terroristas” extranjeros como enemigos y así utilizar medidas administrativas punitivas, sin acusación o prueba debidas, hasta que termine el conflicto. Pero al vislumbrarse la guerra contra el terrorismo como un fenómeno a tiempo indefinido, la detención de estas personas también es indeterminada. Estos enemigos combatientes ya no pueden aprovechar las protecciones acordadas para los prisioneros de guerra. Desde entonces son vistos como violadores de las leyes de guerra, no son combatientes regulares pero sí combatientes ilegales que no merecen ser protegidos por las convenciones internacionales. Como consecuencia, el extranjero es nombrado como un “enemigo combatiente ilegal” por la autoridad ejecutiva, autoridad que ha devenido enteramente en sujeto encargado de las decisiones arbitrarias.

El punto de vista del gobierno estadounidense, el cual consideró que los ataques del 9/11 fueron un acto de guerra y no solamente un delito, está basado en una resolución del Congreso, que concede poderes especiales a la autoridad ejecutiva, y que data del 18 de septiembre de 2001⁴⁴. Ésta es *The Authorization for Use of Military Force*. La interpretación de los alcances de la autoridad ejecutiva de esta resolución es la expresión de un Estado que declara la guerra, no contra otras naciones, pero sí contra organizaciones que pueden estar enlazadas a un gobierno extranjero, o contra simples individuos sospechosos. Esta interpretación redefine el concepto de guerra dándole un carácter asimétrico, una lucha a muerte entre un poder mundial-imperial y las personas que ese mismo poder ha designado unilateralmente como enemigos. Este nuevo concepto de guerra libera a EE.UU. del deber de investigar, de manera detallada y correcta, la existencia de cualquier amenaza real a la nación norteamericana. Es un producto puro de la subjetividad del poder, donde el estado de guerra –y asimismo el estado de excepción- existe por el mero hecho de su proclamación discursiva. En el nombre de la lucha del “bien contra mal”, el Estado estadounidense ha negado el carácter político de su acción y, al fusionar las concepciones del enemigo y el delincuente, simultáneamente fusiona la soberanía externa y la interna. Por esta misma línea es que se sancionó, poco más de un mes después, el 26 de octubre de 2001, la *Use Patriot Act* (Ley Patriota). A pesar de lo dicente que pueda parecer ese nombre, en realidad es un acrónimo de *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* (Unir y Fortalecer América al Proporcionar las Herramientas necesarias para Interceptar y Obstruir el Terrorismo). La delineación y efecto de esta ley se basó sustancialmente en una anterior ley estadounidense del año 1978, *la Foreign Intelligence Surveillance Act* (Ley de vigilancia de la

⁴⁴PAYE, *Ibid.*

inteligencia extranjera), al aumentar sustancialmente las facultades de las autoridades norteamericanas (FBI, CIA y las fuerzas armadas estadounidenses) en pos de obtener información confidencial. La Ley proporciona a los funcionarios federales una mayor autoridad para rastrear e interceptar comunicaciones, tanto para imponer el cumplimiento forzoso de la ley como para contrarrestar la creciente inteligencia extranjera. Dicha Ley le confiere al Secretario del Tesoro poderes reguladores para combatir la corrupción de las instituciones financieras estadounidenses que tengan como objetivo el lavado de dinero extranjero. Busca fomentar la detención de terroristas extranjeros y acabar con estos desde el interior del país. Establece nuevos delitos, nuevas penas y procedimientos de contraespionaje terrorista, tanto nacionales como internacionales, creando un terreno para lo que podría denominarse un “neo-macartismo”.

La *Patriot Act* atendió a regular los instrumentos necesarios para atacar al terrorismo y el lavado de dinero. En el caso del terrorismo desde la *Section 201* hasta la 225⁴⁵ regula la materia estableciendo facultades a las autoridades para interceptar comunicaciones orales, escritas o electrónicas, conocer de investigaciones criminales, vigilar a presuntos sospechosos a través de seguimientos, realizar la búsqueda y respectiva captura de los mismos fuera de los EE.UU., obtener información de organismos de inteligencia extranjera y realizar allanamientos. Por otra parte, en cuanto al lavado de dinero se dispuso el incremento de las políticas de *due diligence* para la banca privada y cuentas corrientes y el conocimiento del cliente y de las otras instituciones financieras

⁴⁵UNITED STATES CONGRESS. *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT): Act of 2001 (HR-3162)*. Public Law 107-56, 107th Congress, Signed by President George W. Bush, October 26, 2001. Disponible en la web: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>

poniendo en marcha estándares mínimos en sus procedimientos, la prohibición para las instituciones financieras de tener cuentas corrientes con bancos pantalla en el exterior, la creación de procedimientos para que estas instituciones compartan entre sí información sobre clientes, lavado de dinero y terrorismo, además se autorizó al Departamento del Tesoro para prevenir el uso de “cuentas de concentración” por parte de los clientes. Asimismo se apuntó al rastreo de comunicaciones. La ley federal de privacidad de las comunicaciones presenta un sistema de tres niveles, creado con el doble propósito de proteger la confidencialidad de las comunicaciones por teléfono privado, frente a frente y por ordenador, al mismo tiempo que permite a las autoridades identificar e interceptar comunicaciones criminales. La *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* de 1968 satisface el primer nivel. Prohíbe escuchar de manera electrónica conversaciones telefónicas, conversaciones frente a frente o comunicaciones por ordenador y otras formas electrónicas en casi todos los casos. Sin embargo, proporcionó a las autoridades de manera restringida un proceso definido para una vigilancia electrónica que se utilice como último recurso en casos graves. Los agentes pueden solicitar una orden de la Corte (de un Juez) que les autoriza a captar conversaciones de manera secreta relacionadas con cualquier lista legal de delitos. El siguiente nivel de protección de la privacidad cubre las grabaciones telefónicas, el correo electrónico que se conserva en almacenamiento (también de terceros) y similares (18 U.S.C. 2701-2709 Capítulo 121). Aquí se permite el acceso forzoso para cumplir la ley, generalmente de conformidad con una orden judicial o bajo una notificación en algunos casos, pero en conexión con cualquier investigación criminal y sin los niveles extraordinarios de aprobación o restricción que marca la interceptación del *Title III*.

El procedimiento menos exigente –y tal vez menos molesto de todos para el poder gubernativo- es el que regula las órdenes

judiciales que aprueban el uso de cualquier elemento de rastreo, un tipo de identificador secreto, que identifica la fuente y destino de las llamadas hechas de y hacia un teléfono particular, (18 U.S.C. 3121-3127 Capítulo 206). Las órdenes se emiten con la certificación administrativa, no requieren autorización judicial, y puede utilizarse para cualquier sospecha de crimen. La Ley modifica los procedimientos en cada uno de los tres niveles: Permite órdenes para el uso de elementos de rastreo para comunicaciones electrónicas; Autoriza a nivel nacional la ejecución de las órdenes de la Corte para el uso de aparatos de rastreo, así como acceso a correo electrónico almacenado o archivos de comunicación; Proporciona al sistema de almacenaje de mensajes de voz un trato similar al del correo electrónico; Permite a las autoridades interceptar comunicaciones hacia y desde un intruso dentro de un sistema informático; Agrega a la lista negra de delitos del *Title III*, crímenes de terrorismo e informáticos; Hace respetar la protección de los que ayudan a ejecutar las órdenes del *Title III*, c.121 y c.206.; Fomenta la cooperación entre las diversas autoridades encargadas del cumplimiento de la ley⁴⁶.

En lo referente al contraespionaje, la *Usa Patriot Act* aligeró algunas de las restricciones en casos de reunión de inteligencia extranjera dentro de los Estados Unidos y ofrece a la organismos de inteligencia estadounidenses un mayor acceso a la información que se descubre durante una investigación criminal, sin embargo, también establecería y aumentaría garantías contra el abuso oficial. De manera más específica permite una vigilancia donde se considere necesario –la Corte ordena que se omita la identificación del instrumento, instalaciones o lugar en particular donde se llevará a cabo la vigilancia, cuando es probable que el objetivo frustré la identificación, puede tener efectos transnacionales-;

⁴⁶Ibíd.

incrementa en la Corte el número de jueces de 7 a 11 dentro de *la Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA); permite presentar una solicitud para una vigilancia FISA o una orden de búsqueda cuando el aumento de inteligencia extranjera sea una razón más importante para dicha solicitud que la razón misma; y, autoriza órdenes para el uso de aparatos de rastreo para correo electrónico, así como para conversaciones telefónicas.

Por medio de la Ley se establecieron como nuevos delitos federales los ataques terroristas en medios de transporte público, los ataques con armas biológicas, el encubrimiento de terroristas, el solventar económicamente el material de los terroristas, el comportamiento ilícito relacionado con el lavado de dinero antes mencionado, la realización de negocios que afecten el comercio nacional y extranjero mediante la comisión premeditada de actos terroristas y la incitación a cometer fraude en instituciones de beneficencia. Aunque estrictamente hablando éstos no son nuevos delitos federales, por lo general complementan las leyes existentes al llenar vacíos y aumentar las penas por actos de terrorismo y crímenes que puedan cometer los terroristas. De manera más específica, establece una pena máxima alternativa por actos de terrorismo; eleva las penas por conspiración para cometer ciertos actos terroristas; prevé condenar a algunos terroristas a libertad condicional de por vida y aumenta las penas por falsificación, delitos cibernéticos y fraudes cometidos en la beneficencia, además realizó otros ajustes procesales:

- Aumentó las recompensas por información en casos de terrorismo.
- Autorizó órdenes de allanamiento imprevistas o repentinas.
- Permitió la aplicación nacional e internacional de órdenes judiciales en casos de terrorismo.
- Facilitó el acceso gubernamental a información confidencial.

- Permite al Fiscal reunir muestras de ADN de los prisioneros declarados culpables de algún delito federal de violencia o terrorismo.
- Extendió las leyes que fijan términos de prescripción aplicables a crímenes de terrorismo.
- Aclaró –supuestamente- la aplicación de leyes penales federales en bases y residencias estadounidenses del personal de gobierno de EE.UU. en el extranjero.
- Ajustó programas federales sobre indemnización y asistencia a las víctimas.

Ha sido visible, en el marco de la expansión del estado de excepción a nivel global, como la *Usa Patriot Act* generó en su aplicación una serie de efectos internacionales. Desde su aprobación, la *Patriot Act* de los EE.UU. hizo posible que las autoridades estadounidenses tuvieran acceso a numerosas bases de datos que contienen información confidencial sobre cientos de miles de ciudadanos. Más allá de su lógica aplicación a ciudadanos y empresas estadounidenses, esta ley ha permitido a las autoridades de EE.UU. tener acceso a información confidencial sobre particulares y sociedades extranjeras. El *article 215* de la *Patriot Act* permite que el director del FBI obtenga una orden judicial, como parte de una investigación llevada a cabo contra el terrorismo internacional o cualquier actividad de inteligencia encubierta, que ordene a un ciudadano norteamericano presentar cualquier documento (inclusive libros, registros, expedientes, papeles, documentos y cualquier otro objeto tangible) al que tenga acceso el propio ciudadano. Se puede dictar una orden judicial bajo la Ley Patriota de los EE.UU. para ser entregada a un ciudadano estadounidense, sin importar si hay sospecha real de haber cometido un acto terrorista –o de haber intentado cometerlo- o de haber participado en actividades secretas de inteligencia.

Sin embargo la Ley va más allá con al establecer en el *subtitle (c)* que regula el tema de *Crímenes y Protección* en la *Section*

377 la Jurisdicción de Extraterritorialidad que supone la facultad de las autoridades estadounidenses para perseguir cualquier extranjero en cualquier lugar del mundo que ejecute cualquier acción constitutiva de terrorismo o de lavado de dinero que vaya en detrimento de los Estados Unidos. Pero aquí se presenta una laguna creada, puesto que el concepto de *detrimentum* (destrucción leve o parcial, pérdida, quebranto de la salud o de los intereses, daño moral) puede interpretarse de manera expansiva, sometiendo a arbitrariedad y no a tipicidad cualquier comportamiento, siendo pues la administración quien decida en última instancia la *perseguibilidad* o no.

Para confirmar la hipótesis relativa a los efectos extraterritoriales de la *Patriot Act* se deben estudiar los distintos pasos de su aplicación. A los fines del análisis, el término privacidad se entiende como toda información que un particular (una persona física) o una sociedad (una persona jurídica) pretende mantener como confidencial. Los efectos de la aplicación de la *Patriot Act* se han extendido más allá de las fronteras estadounidenses violando así los derechos de privacidad de miles de ciudadanos no estadounidenses y de empresas extranjeras. Esta ley viola flagrantemente la propiedad privada y la intimidad personal, ambos derechos se destruyen en muchos casos sin necesidad de autorización judicial, tan sólo gubernativa. Es por ello que haciendo un ejercicio al estilo estadounidense, podemos acogernos a la cuarta enmienda que, por sí sola, desvirtúa a la Ley Patriota, pero que desgraciadamente la *Supreme Court* de EE.UU. lo considera así, pues antepone la seguridad nacional a los derechos individuales, socavándolos una vez más. Por su parte los defensores de la *Patriot Act* han justificado su necesidad en que la misma ha evitado situaciones de verdadera calamidad y ha facilitado la detención de terroristas y criminales. Se ha producido aquello de que “el fin justifica los medios”. Esta ley supone un ejemplo de que la política en ocasiones marca el camino erróneo del derecho. Esta Ley

parece haber llegado para quedarse –así como el estado de excepción que la requirió-, al generar mecanismos que atienden a un estado de guerra, pero que no lo reconocen como tal en la formalidad, todos los individuos son susceptibles de ser sospechosos, y la aplicación del DIH no es procedente –está anulada-.

En esta linealidad de producción legislativa se sanciona, apenas dos semanas después de la *Patriot Act*, la *Military Order* el 13 de noviembre de 2001. El gobierno de G.W. Bush argumentó, para la aprobación de esta orden (acerca del juicio, detención y tratamiento de extranjeros en la guerra contra el terrorismo), que los terroristas internacionales, incluyendo a miembros de Al-Qaeda, habían llevado a cabo ataques contra instalaciones y personal diplomático y militar de EE.UU. en el extranjero y a los ciudadanos y la propiedad en los EE.UU. en una escala que había creado un estado de conflicto armado que requería el uso de las fuerzas armadas nacionales estadounidenses. Acusando de graves actos y amenazas de terrorismo, incluyendo especialmente los sucesos del 9/11 de, en la sede del Departamento de defensa de Estados Unidos en la región capital nacional, en el World Trade Center en Nueva York y en aviones civiles como el que cayó en Pennsylvania, el gobierno proclamó una emergencia nacional el 14 de septiembre de 2001. En este sentido es que se legitimó y legalizó la *Military Order*, la cual sostiene que individuos actuando solos y en concierto están involucrados en el terrorismo internacional y poseen la capacidad y la intención de llevar a cabo más ataques terroristas contra los EE.UU. Se afirma que, si no se detecta y se generan mecanismos de prevención, el terrorismo causará muertes y lesiones masivas, además de la destrucción masiva de propiedades, poniendo en riesgo la continuidad de las

operaciones del gobierno de Estados Unidos⁴⁷. Se sostiene que la capacidad de los EE.UU. para proteger a su nación y sus ciudadanos, y para ayudar a sus aliados y otros países cooperantes a proteger sus naciones y sus ciudadanos, de más ataques terroristas depende en gran parte de las fuerzas armadas estadounidenses, ya que ellas son las más aptas para identificar a los terroristas y aquellos que los apoyan, así como para interrumpir sus actividades y eliminar su capacidad de realizar o apoyar este tipo de ataques.

Para esa protección de su nación y sus ciudadanos, y para la efectiva realización de las operaciones militares y la prevención de ataques terroristas, se estatuyó el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares. También el gobierno estadounidense se planteó tener plenamente en cuenta la magnitud de las posibles muertes, lesiones y destrucción de la propiedad que pudieran resultar de posibles actos de terrorismo en contra de su Estado-nación, y la probabilidad de que se produzca este tipo de actos, determinando una emergencia extraordinaria para fines de defensa nacional; que esta emergencia constituyera un interés apremiante y urgente del gobierno, y que la emisión de la orden era consonante con la necesaria declaración de la situación de emergencia. El gobierno entendió que el término "individuo sujeto a esta orden" se referiría a toda persona que no es ciudadano de EE.UU. y a la cual se le ha determinado como terrorista o como colaborador de otro sujeto u organización que sí es terrorista. Y, en este caso, dicho individuo puede ser detenido en una ubicación designada por el Secretario de defensa, ya sea fuera o dentro de los Estados Unidos; se supone que debiera ser tratado humanamente, sin ninguna distinción de carácter desfavorable basado en raza,

⁴⁷THE WHITE HOUSE. *Military Order of November 13, 2001. Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*. Presidential Documents, Federal Register: November 16, 2001. Vol. 66, No. 222. Disponible en la web: <http://www.fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm>

religión, género, nacimiento, riqueza o cualquier criterio similar, además de que se le brindaría una alimentación adecuada, agua potable, vivienda, ropa y tratamiento médico. Además se le debería permitir el libre ejercicio de la religión consistente con los requisitos de tal detención; y ser detenido conforme a esas otras condiciones que prescriba la Secretaría de la defensa. Pero realmente esto no ha sucedido en la realidad práctica, el empoderamiento total del ejecutivo en la Secretaría de la defensa, que puede generar otras condiciones aparte de las establecidas, es lo que ha permitido que a los detenidos no se les reconozcan sus derechos fundamentales y se les sustraiga su contenido como sujetos políticos, que no se les haga un juicio justo –o simplemente éste nunca tenga fecha- y que no tengan derecho a apelar al DIH o a una defensa correcta.

Como se mencionó más arriba, cualquier persona sujeta –siendo extranjero- a esta orden será juzgada por comisiones militares, nombradas unilateralmente por el secretario de defensa, y pueden ser sancionados de conformidad con las sanciones previstas por la ley aplicable, incluyendo el encarcelamiento o hasta la pena de muerte. Se supone también que la orden acude a limitar la autoridad del presidente como Comandante en Jefe de las fuerzas armadas, pero sobre todo se dirigió a limitar su poder en cuanto a la concesión de indultos se refiere. Pero es el mismo presidente es quien reserva la autoridad para ordenar al secretario de defensa, en cualquier momento, para transferir al control de la autoridad gubernamental a cualquier persona que él considera sujeta a esta orden. Con la *Military Order* se reafirma el paradigma del estado de excepción como forma paradigmática de gobierno permanente. Allí, realmente se autoriza la detención indefinida de no-ciudadanos sospechosos de participar en actividades de carácter terrorista. Esto trajo consigo un fenómeno de eliminación radical de cualquier estatuto jurídico para dichos individuos,

surgiendo así un ser jurídico sin nombre ni clasificación. Un claro ejemplo de ello fueron decenas de talibanes capturados en Afganistán: a ellos no se les concedía el amparo del estatuto de “prisionero de guerra” (POW) propio del DIH, instituido en la convención de Ginebra; tampoco aparecían en calidad de imputados por algún delito desde la ley estadounidense. Así, estos individuos eran tan sólo “detenidos” –ni acusados, ni prisioneros-, objetos de una detención indefinida, de una dominación de hecho “[...]no sólo en el sentido temporal sino en cuanto a su propia naturaleza, puesto que queda sustraída por completo a la ley y al control judicial”⁴⁸.

Ya a mediados de la década del 2000, por medio de la *Military Commissions Act* de septiembre 28 y 29 de 2006, la Casa Blanca y el senado introdujeron en la ley el concepto de “enemigo combatiente ilegal”, para realimentar y reavivar la doctrina de la guerra contra el terrorismo originada a partir de 2001, en pos de su connotación y faceta global. Como resultado, este concepto ya no es parte de un estado de emergencia, sino que en su permanencia la excepción reemplaza a la norma, adquiriendo un carácter constitutivo. Las dos Casas del congreso estadounidense establecieron así un nuevo orden legal y político que fusiona los actos de guerra y las funciones policiales, concediendo a la administración ejecutiva el poder de transformar a cualquier ciudadano norteamericano o a cualquier miembro de una nación extranjera –con el cual EE.UU. no esté formalmente en guerra- en un enemigo. Por ello el gobierno altera la relación entre lo interno y lo externo. Los ciudadanos estadounidenses pueden ser tachados como enemigos y son susceptibles de expulsión por parte de su propia nación. Teniendo el poder de designar a cualquier habitante del planeta como un enemigo combatiente y estigmatizarlo además como un combatiente

⁴⁸AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción (Homo Sacer II, 1)*. Óp. cit., p. 124.

ilegal los EE.UU. exigen una tendencia policial —a través, por ejemplo, de los acuerdos de extradición- a los demás Estados democráticos en el trato para con los sospechosos de terrorismo.

La *Military Commissions Act* lleva a cabo una transformación en la organización del Estado estadounidense al poner fin a la separación formal de poderes, creando una ley puramente subjetiva que le otorga el poder a la autoridad ejecutiva la cual puede designar a cualquier persona como un enemigo combatiente, marcando una decisión administrativa para detener, de por vida, a cualquier extranjero o, si escoge llevar el caso a juicio, de nombrar jueces militares y determinar el nivel de coerción usado en los interrogatorios. El texto legalizó así la presión física o psicológica, el cual es realmente un asunto de tortura, como analizaremos más adelante. Por medio de la *Military Commissions Act* de 2006 se arroja a los extranjeros sospechosos de terrorismo a un sistema de violencia pura. Dentro del contexto de los acuerdos de extradición firmados en junio 2003, cualquier residente de un Estado miembro de la Unión europea sospechoso de terrorismo podría ser entregado a las autoridades estadounidenses y ser sometido a sus decisiones arbitrarias. Los EE.UU. tienen el poder de imponer sus criterios propios y sus jurisdicciones especiales propias para acusar a extranjeros. Por renunciar a su propia legalidad, los países europeos están de acuerdo a la sujeción de sus ciudadanos a estos procedimientos. Los acuerdos más recientes insertan así a los ciudadanos europeos en el sistema estadounidense de excepciones a la ley, revelando una estructura imperial en la cual el ejecutivo estadounidense tiene la potestad de determinar la excepción y erigirla como la base de un orden legal nuevo. A pesar de que la *Commissions Acts* se han legalizado, son sólo una parte formal de la tradición jurídica desarrollada en Occidente, que se expresa en un sistema

jurídico doble: una regla de restricción del derecho para los ciudadanos y la violencia pura para extranjeros⁴⁹.

El objetivo de esta administración es generalizar a toda la población los procedimientos que se aplican a los extranjeros: torturas y mantenimientos en prisión, a su entera discreción. La *Domestic Security Enhancement Act* de 2003, conocida bajo el nombre de *Patriot II*, es un intento claro del gobierno estadounidense para tener éxito en este objetivo de eliminar la ciudadanía de los estadounidenses sospechosos de terrorismo y, por lo tanto, poderlos tratar como extranjeros. En cuanto a la *Military Commissions Act*, el objetivo inicial del gobierno, de tener el poder de suprimir el *hábeas corpus* para toda la población, aún no se ha alcanzado. Sin embargo, tener la capacidad para determinar a cualquier habitante del planeta como un enemigo es un hecho sintomático de la consolidación de una hegemonía imperial de un grupo de potencias, encabezadas por EE.UU., que ya no distinguen entre las amenazas internas y las externas. Cada población está completamente a merced del poder ejecutivo de los Estados Unidos.

2.2.1. La continuidad y el reforzamiento en la administración Obama

Todas mencionadas medidas legislativas (órdenes, leyes), que violan, ignoran pero también funcionalizan simbólicamente el DIH, acaecieron durante los ocho años de gobierno de G.W. Bush quien fue el promotor más fuerte de la guerra global contra el terrorismo. Y con la posesión de Barack Obama, en 2009, se llegó a creer que se daría la ruptura de esa linealidad legislativa militarista y permanentemente excepcional; pero ya la realidad

⁴⁹PAYE. *Global War on Liberty: War against Terrorism or War against Populations*. Telos Press. Óp. Cit., Disponible en la web: <http://www.telospress.com/?s=global+war+on+liberty>

contemporánea nos ha demostrado que esto no ha ocurrido así.

En un artículo de noviembre de 2012, Paye⁵⁰ hace un análisis esclarecedor sobre la continuidad, al respecto de esas medidas legislativas, entre Bush y Obama. Ya se ha visto como en la administración Bush se hizo posible privar a un ciudadano estadounidense de sus derechos fundamentales por haber participado en una acción armada contra su país. Pero también es posible hacerlo contra un estadounidense que haya adoptado una posición política favorable a quienes oponen una resistencia armada al Imperio que mantiene su país en connivencia con otras potencias de Occidente. Precisamente Barack Obama, tal y como afirma Paye⁵¹, ha dado fuerza de ley a la “teoría del Ejecutivo Unificado” de John Yoo, rompiendo con el principio de separación de poderes. La política de seguridad trazada por Obama escapa a toda forma de control.

Obama había sido electo como promotor de un porvenir basado en el respeto de los derechos fundamentales de los individuos y de los pueblos. No obstante, el balance de su mandato hasta ahora nada ha tenido que ver con aquellas promesas. Sus aspectos más evidentes, como el no haber cerrado la base de Guantánamo, el haber mantenido los tribunales militares de excepción y la práctica de la tortura en Afganistán, sólo son la parte visible de todo el complejo. Esos elementos nos permiten ver que existe una continuidad entre las políticas de las administraciones Bush y Obama. Pero la profundización de la anterior política es tan grande que ha producido un cambio en la forma del Estado, una modificación

⁵⁰PAYE. *Bush, Obama: el cambio dentro de la continuidad*. La Haine [En línea], 2012, Disponible en la web: <http://www.lahaine.org/index.php?p=65277>

⁵¹Ibid.

nunca vista anteriormente en la relación entre las autoridades y el ciudadano estadounidense.

Ya se hizo referencia al hecho de que la posibilidad de tratar a los estadounidenses de la misma manera que a los extranjeros clasificados como terroristas es un objetivo constante del poder ejecutivo estadounidense desde los atentados 9/11. *“En virtud de la nueva prerrogativa que le concede la National Defense Authorization Act (Ley de Autorización de la Defensa Nacional) de poder suprimir el hábeas corpus para los ciudadanos estadounidenses, y no sólo para los extranjeros, la administración Obama ha hecho lo que el anterior ejecutivo había empezado a preparar sin llegar a concretarlo”*⁵².

Ya hemos analizado cómo la Ley Patriota, implantada el 26 de octubre de 2001, autorizaba a la administración a detener, sin formulación de cargos y por un período de tiempo indeterminado, a los extranjeros sospechosos de mantener vínculos con grupos clasificados como terroristas. Para tener la posibilidad de juzgar a esos prisioneros, se elaboró la ya acotada *Military Order* del 13 de noviembre de 2001, como decreto presidencial que implantó los tribunales de las llamadas comisiones militares. Ese acto del poder ejecutivo permitió que esos tribunales militares juzgaran de ahí en más a los extranjeros sospechosos de mantener vínculos con Al-Qaeda o de haber cometido, preparado o ayudado a concebir actos de terrorismo internacional hacia EE.UU.

Se invocó el estado de guerra para justificar el establecimiento de esas jurisdicciones, tan liberticidas que incluso violan hasta el mismo derecho militar. Esas jurisdicciones fueron creadas para juzgar a extranjeros, sospechosos de terrorismo y contra quienes ni siquiera existen pruebas válidas a los ojos de un tribunal civil o militar. Por esa línea y como ya se anotó, al

⁵²Ibíd.

votar la *Military Commissions Act*, en septiembre de 2006, las cámaras legalizaron las comisiones militares. Esa ley amplió considerablemente la noción de “enemigo combatiente ilegal”, al extremo que ya abarca no sólo a los extranjeros capturados en el campo de batalla sino también a cualquier estadounidense o extranjero que ni siquiera haya salido de su país de origen. Si bien los estadounidenses inculpados en base a la noción de enemigo combatiente ilegal tienen que ser enviados a comparecer ante jurisdicciones civiles, los extranjeros sí pueden ser juzgados por las comisiones militares. La persona que comparece ante esos tribunales de excepción no tiene derecho a escoger su abogado. Su defensa está en manos de un militar designado por el presidente de los EE.UU., quien nombra también a los jueces militares y decide el grado de tortura (“coerción física”) que se le puede aplicar al prisionero. El abogado no tiene acceso a los elementos presentados como pruebas, si estos están clasificados como “secreto militar”.

La *Military Commissions Act* introdujo en el código penal la noción de enemigo. Ese documento otorga al presidente de los Estados Unidos la facultad de designar como enemigos a sus propios conciudadanos y a cualquier ciudadano de un país con el cual EE.UU. ni siquiera tiene que estar en guerra. Cualquier persona puede ser procesada como “enemigo combatiente ilegal”, no sobre la base de elementos probatorios sino únicamente porque el poder ejecutivo estadounidense ha clasificado a esa persona dentro de esa categoría. Al ser integrada a la ley, esa forma de acusación dejó de ser una disposición que responde a una situación de urgencia, como en la *Military Order* de 2001, y se convirtió en una disposición de carácter permanente. “*La inscripción de la anomia en la ley perenniza la excepción, modifica el orden jurídico y político creando un derecho puramente subjetivo*”

*que pone en manos del poder ejecutivo*⁵³. El 28 de octubre de 2009, el presidente Obama firmó la *Military Commissions Act of 2009* como elemento que enmendará la *Military Commissions Act of 2006*. La nueva administración necesitaba esta reforma ya que, en 2006, Obama había sido uno de los 36 senadores que se pronunciaron en contra de la disposición anterior.

La nueva ley ya no habla de enemigos combatientes ilegales sino, literalmente, de “enemigo combatiente no protegido”. Pero conserva lo esencial, que es la inscripción de la noción de enemigo en el código penal, lo cual implica una fusión entre el derecho penal y del derecho de la guerra, sin protección por parte del DIH para el combatiente herido, o para los civiles que sean acusados como terroristas. La utilización del término “beligerante” para caracterizar la noción de enemigo amplifica el campo de la incriminación, que ya no abarca únicamente a los combatientes sino que se hace extensiva a personas comprometidas en un conflicto en contra de EE.UU. La nueva definición permite así atacar directamente no sólo a las personas capturadas, en el campo de batalla o cerca de éste, sino a individuos cuyos actos o palabras son solidarios con quienes se oponen al ejército estadounidense o simplemente a la política guerrerista del gobierno: en un estado de guerra permanente, cualquiera puede ser tachado por el gobierno estadounidense de “combatiente no protegido”, impidiéndole que se acoja a las determinaciones del DIH y sustrayéndole su personalidad política; se cierra la posibilidad de la existencia de no combatientes, ya que todos pueden ser acusados de combatientes ilegales no protegidos en potencia.

La *National Defense Authorization Act* firmada el 31 de diciembre de 2011 por Obama, autoriza la detención por tiempo indefinido, sin cargos ni inculpación, de ciudadanos

⁵³Ibíd.

estadounidenses designados por el poder ejecutivo como enemigos –muy en comunión con la *Military Order of 2001*-. Los estadounidenses a los cuales puede aplicarse esa nueva ley no sólo son los que sean capturados en un campo de batalla sino también los que nunca hayan salido de EE.UU. ni participado en ningún tipo de acción militar. La ley apunta a personas que la administración haya designado como miembros de Al-Qaeda, de los Talibanes y que participen en hostilidades contra Estados Unidos. Pero también incluye a cualquiera que “haya apoyado de manera sustancial a esas organizaciones”⁵⁴. Esa formulación permite un uso flexible y extensivo de la ley. Ello ha permitido, por ejemplo, arremeter contra organizaciones de defensa de las libertades civiles que han tratado que se respeten los derechos constitucionales de ciudadanos estadounidenses designados, por el poder ejecutivo, como enemigos de Estados Unidos. Al firmar la nueva disposición, Obama declaró que su administración no autorizaría la detención militar, ilimitada y sin juicio, de ciudadanos estadounidenses. Esa posibilidad no sería contraria al orden del derecho estadounidense. Sólo iría en contra de los “valores” estadounidenses. Es en nombre de esos valores que gobierno estadounidense no recurriría a esa posibilidad que propone la ley, aunque ese tipo de encarcelamiento no viola la Constitución. Obama afirma incluso que, de hecho, la *National Defense Authorization Act* no le concede nuevas prerrogativas. Esos poderes extraordinarios ya estaban en manos del presidente –según Obama– desde que el Congreso adoptó, el 14 de septiembre de 2001, una resolución que estipula que el presidente está autorizado a utilizar todas las fuerzas necesarias y apropiadas contra las naciones, organizaciones o personas que hayan

⁵⁴UNITED STATES CONGRESS. *National Defense Authorization Act(NDAA) for Fiscal Year 2012*.(H.R. 1540).112th Congress, Signed by President Barack Obama, December 31, 2011.Disponible en la web: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr1540enr/pdf/BILLS-112hr1540enr.pdf>

planificado, autorizado, cometido o ayudado los ataques terroristas ocurridos 9/11 Obama se une así a la convicción expresada por G. W. Bush, en oposición con el marco que el texto plantea, de que el consentimiento extendido al presidente para recurrir al uso de la fuerza es una autorización sin límites de tiempo y espacio para actuar contra todo agresor potencial y no únicamente contra los implicados en los atentados del 2001.

Como la propia autorización contiene un preámbulo que asegura que por cuanto el presidente está autorizado por la Constitución a disuadir y prevenir los ataques del terrorismo internacional contra EE.UU., G.W. Bush invocó repetidamente esos términos para justificar las violaciones de las libertades constitucionales de los ciudadanos estadounidenses. El presidente Obama adopta la misma postura para negar la innovación que representa la adopción de una ley que le permite suprimir el derecho de cualquier ciudadano estadounidense al *hábeas corpus*. En este caso lo que predomina no es el texto legislativo sino la iniciativa del presidente. Es Obama quien decide que no utilizará la autorización que la ley le concede para encarcelar, por tiempo indefinido y sin cargos, a los ciudadanos estadounidenses, así como la *Military Order* planteó para los extranjeros. Además se opone a la obligación de detener militarmente a los terroristas extranjeros. Sobre ese tema, afirma que su administración interpretaría y aplicaría las disposiciones descritas más delante de manera que se preserve la flexibilidad de la que depende la seguridad nacional de EE.UU. y para mantener los valores que sirven de base a este país. Se aparta así resueltamente de la regla en virtud de la cual el presidente debe aplicar fielmente un texto de ley ya firmado. Obama invierte el carácter obligatorio del texto legislativo y favorece la libertad presidencial. Al mismo tiempo, pone los valores estadounidenses por encima de la ley.

Si la *National Defense Authorization Act* no hace más que ratificar prerrogativas que el poder ejecutivo ya poseía, el problema sólo concierne las modalidades de ejecución. El presidente no debe verse limitado en su lucha contra el terrorismo: *“Para Obama, los artículos incriminados son inconstitucionales, no porque concentren los poderes en sus manos sino porque restringen su libertad de acción –asevera Paye-. Las cláusulas puestas en tela de juicio instituyen una detención militar que limita la necesaria «flexibilidad» de la acción de la administración, por ejemplo, la posibilidad de detener a un prisionero extranjero en un campo de la CIA”*⁵⁵.

Obama, por el contrario, abre una tendencia en el ejercicio del poder del Estado, de forma que el poder legislativo no pueda ejercer un control sobre el poder ejecutivo. La separación de poderes se convierte en ausencia de límites precisos para la acción presidencial. Ese es un modo de organización característico de un país que enfrenta una guerra abierta y cuya existencia misma se ve amenazada por una potencia extranjera. Los gobiernos de Bush o de Obama han considerado que la autorización concedida por el Congreso en 2001 para el uso de la fuerza contra los autores de los ataques del 9/11 es el equivalente a una declaración de guerra, como las que fueron votadas durante la Segunda Guerra Mundial, pero no reconocen la aplicación y sanción estricta del DIH para el conflicto contemporáneo. El campo de aplicación es sin embargo mucho más amplio, ya que la autorización de 2001 permite el uso de la fuerza no sólo contra otras naciones, sino también contra organizaciones o aún simples individuos.

La *National Defense Authorization Act* de Obama crea una mutación de la noción jurídica de hostilidad. Su objetivo declarado es el enfrentamiento contra adversarios no

⁵⁵ *Ibíd.*

especificados que no pongan en peligro la integridad del territorio nacional. La lucha contra el terrorismo proporciona una imagen constantemente renovada del enemigo. Declara el estado de guerra permanente –reafirmando también la permanencia del estado de excepción-, sin límites de fronteras, lo que desdibuja la distinción entre interior y exterior (de los ya acotados conflictos intermésticos), ya que no distingue entre ciudadanos estadounidenses y soldados de una potencia extranjera. La estructura política y jurídica, construida a partir de esta guerra nueva y asimétrica, invierte la forma del estado de derecho a la manera de una mera ficción. La ley ya no es una reducción de la excepción, sino su extensión continua.

2.2.2. El terrorismo: asunto inevitable de las Estrategias de Seguridad Nacional

La *National Security Strategy* (Estrategia de Seguridad Nacional, ESN) no es en sí misma una estrategia militar ni de defensa, aunque describa las circunstancias y escenarios en los que EE.UU. prevé emplear su poder militar. La ESN es una estrategia que aborda muchas otras dimensiones que afectan a la seguridad como las comerciales, las diplomáticas o las del desarrollo, para imbuir al contexto internacional y proteger los intereses de seguridad de los EE.UU. Es este perfil multidimensional es el que convierte a la ESN en una “gran” estrategia que sirve de guía e integración a las distintas estrategias y políticas que se derivan de ella (ya que cada agencia desarrolla sus propias estrategias).

La ESN se elabora por el Consejo de Seguridad Nacional de EE.UU. para traducir la perspectiva presidencial en objetivos concretos para la orientación del planeamiento y ejecución del resto de los actores diplomáticos, económicos o militares del sistema de seguridad. La diversificación de las lógicas según su adscripción al realismo o al neoconservadurismo, al unilateralismo o el multilateralismo, no sólo afecta a los

niveles superiores de decisión, sino que se van entremezclando en los escalones inferiores. El sistema de gestión se caracteriza por la centralización de la decisión y la descentralización de la ejecución. El presidente es quien toma personalmente las decisiones una vez contempladas las opiniones de los máximos responsables de su ejecución y, como máximo ejecutivo (*Chief Executive Officer*, CEO), es, asimismo, el máximo responsable de los aciertos y fracasos. Ese estilo presidencial (*CEO Presidency*) de coordinación vertical le otorga al presidente estadounidense la posibilidad de total implicación en el proceso de decisiones.

En consonancia con las medidas legislativas de todo el 2001, el 20 septiembre de 2002 se publicó la Estrategia de Seguridad Nacional del primer período presidencial de G.W. Bush. En este texto se afirma que las grandes luchas del siglo XX entre la libertad y el totalitarismo terminaron con una victoria decisiva de las fuerzas de la libertad –en un sólo modelo supuesto como exitoso y sostenible-: libertad, democracia y libre empresa. En el siglo XXI, solamente aquellas naciones que compartan el compromiso de proteger los derechos humanos fundamentales y de garantizar la libertad política y económica podrán desatar el potencial de sus pueblos y asegurar su prosperidad futura, según el gobierno estadounidense. Supuestamente de acuerdo con su y sus principios, EE.UU. no utiliza la fuerza para obtener ventajas unilaterales. En cambio, buscaría crear un equilibrio de fuerzas que favorezca la libertad humana: condiciones en que todas las naciones y sociedades pudiesen elegir por sí mismas las recompensas y los retos de la libertad política y económica⁵⁶. Los EE.UU. se auto-otorgan la imperiosa tarea

⁵⁶ ESTADOS UNIDOS. DEPARTAMENTO DE ESTADO. *Estrategia de Seguridad de Estados Unidos: Defender al país de sus enemigos es compromiso fundamental con el pueblo norteamericano*. Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos de América, La Casa Blanca, Washington, septiembre de 2002. Disponible en la web:

de defender la paz al luchando contra los terroristas y los tirano, preservando la paz al crear buenas relaciones entre las grandes potencias y extendiendo la paz al fomentar sociedades libres y abiertas en cada continente. Todo ello considerando que Los terroristas están organizados para penetrar las sociedades abiertas y tornar contra nosotros el poder de la tecnología moderna.

Para derrotar esta amenaza el gobierno estadounidense no duda en utilizar cada herramienta de su arsenal: el poderío militar, la defensa mejorada del territorio nacional, la aplicación de la ley, la recopilación de inteligencia, y gestiones vigorosas para cortarles el financiamiento a los terroristas. La guerra contra el terrorismo de alcance global es una empresa mundial de duración incierta, y eso es reconocido en la misma Estrategia. Estados Unidos se proclama como el ayudante de aquellos países que “necesiten” de su ayuda para combatir el terrorismo. Y, asimismo, EE.UU. haría responsables a aquellos países comprometidos con el terrorismo, incluso aquellos que dan refugio a terroristas –porque los aliados del terrorismo son considerados como enemigos de la civilización-. Se considera que en el escenario de la guerra contra el terrorismo la única herramienta efectiva es la misma acción. EE.UU. aprovecha la coyuntura post-9/11 como una oportunidad para extender lo que su gobierno determina como los beneficios de la libertad, al mundo entero. Trabajando activamente para llevar la “esperanza de democracia”, desarrollo, mercados libres y libre comercio a todos los rincones del mundo, ya que se entiende que lo acaecido el 11 de septiembre de 2001 enseñó que Estados débiles, como Afganistán, pueden representar un peligro tan grande para sus intereses nacionales como los Estados poderosos. Si bien se afirma en la Estrategia que la pobreza no hace que los pobres se conviertan en terroristas y asesinos si se sostiene

que las instituciones débiles y la corrupción pueden hacer que los Estados débiles sean vulnerables a las redes de terroristas y a los carteles narcotraficantes dentro de sus fronteras.

La Estrategia de Seguridad Nacional de EE.UU. de 2002 se basó en un internacionalismo inconfundiblemente estadounidense que aparentemente reflejara la unión de sus valores e intereses nacionales. La meta de Esta estrategia era, en apariencia, ayudar a que el mundo no fuera solamente más seguro sino también mejor. Las metas que se esgrimían en el camino hacia el progreso eran: libertad política y económica, las relaciones pacíficas con otros países y el respeto a la dignidad humana. Para alcanzar estas metas EE.UU. se planteó en la Estrategia de 2002⁵⁷:

- Erigirse en salvaguarda de los anhelos de dignidad humana.
- Fortalecer las alianzas para derrotar el terrorismo mundial y actuar para prevenir los ataques contra ellos y sus amigos.
- Colaborar con otros para resolver conflictos regionales.
- Impedir que nuestros enemigos les amenacen a ellos, a sus aliados y a sus amigos con armas de destrucción en masa.
- Suscitar una nueva era de crecimiento económico mundial por medio de los mercados libres y el libre comercio
- Expandir el círculo del desarrollo al abrir las sociedades y crear la infraestructura de la democracia.
- Desarrollar programas para una acción cooperativa con otros centros principales de poder mundial.
- Transformar las instituciones de seguridad nacional de Estados Unidos para enfrentar los retos y aprovechar las oportunidades del siglo XXI.

⁵⁷ *Ibíd.* p. 3.

El enemigo para los EE.UU. se supone no es un régimen político, persona, religión o ideología aislados. El enemigo es el terrorismo premeditado, la violencia por motivos políticos perpetrada contra “seres inocentes”. La misma Estrategia de Seguridad asegura también que no existe ninguna doctrina que pueda prever todas las circunstancias en las que esté justificada la acción directa o indirecta de Estados Unidos. Pero que al disponer de recursos políticos, económicos y militares finitos para alcanzar sus principales objetivos mundiales EE.UU. es el indicado para comandar la lucha contra el terrorismo, abordando cada situación a la luz de los principios estratégicos como la inversión de tiempo y recursos en el establecimiento de relaciones e instituciones internacionales que pudieran contribuir a gestionar las crisis locales cuando se presentasen. *“Estados Unidos debe ser realista en lo que se refiere a su capacidad de ayudar a quienes no desean ayudarse a sí mismos o no están preparados para hacerlo. Cuando y donde la gente esté preparada para poner lo necesario de su parte, estaremos dispuestos a actuar de manera decisiva”*⁵⁸.

Para el gobierno de Bush los concepto tradicional de la disuasión, aplicado en la Guerra Fría, ya no era útil y, por ello, se dirige a la consagración de la doctrina de la seguridad (guerra) preventiva como forma óptima de lucha contra el terrorismo enemigo cuyas tácticas declaradas eran, para la oficialidad estadounidense, la destrucción perversa y el ataque a víctimas inocentes; cuyos combatientes buscarían el martirio en la muerte y cuya máxima protección sería su condición de apátrida. En la Estrategia de 2002 se afirma que, apoyando la idea de la acción preventiva, el derecho internacional ha reconocido que no es necesario que los países sufran un ataque antes de que puedan tomar legalmente medidas para defenderse de las fuerzas que presentan peligro inminente de ataque. Expertos jurídicos y

⁵⁸Ibíd. p. 7.

juristas internacionales a menudo condicionan la legitimidad de la prevención a la existencia de una amenaza inminente, especialmente una movilización visible de ejércitos, armadas y fuerzas aéreas que se preparan para atacar. El gobierno de EE.UU. asiente que debía adaptar el concepto de amenaza inminente a las capacidades y objetivos de los adversarios del contexto. Los Estados al margen de la ley y los terroristas no buscarían atacar a EE.UU. usando medios convencionales: dependerían de actividades terroristas y, potencialmente, del uso de armas de destrucción en masa, armas que pueden ocultarse fácilmente, transportarse en secreto y utilizarse sin previo aviso. El blanco de estos ataques serían las fuerzas militares y la población civil estadounidense, lo que –sostiene la Estrategia- viola directamente uno de las principales normas del derecho de la guerra. El gobierno Bush, en su primera administración, arguye que se demostró con las pérdidas de 11 de septiembre de 2001, que el objetivo específico de los terroristas era causar víctimas civiles en gran escala, y estas pérdidas serían exponencialmente más graves si los terroristas adquieren y utilizan armas de destrucción en masa.

Después del 9/11 EE.UU. se asigna como tarea, con más ahínco que nunca, la presencia sus fuerzas armadas en el extranjero como uno de los símbolos más profundos del compromiso estadounidense con sus aliados y amigos. Mediante la voluntad de usar la fuerza en su propia defensa y en defensa de otros, Estados Unidos demostraría su determinación de mantener un equilibrio de poder que favorece la libertad. Para bregar con la incertidumbre y enfrentar los muchos retos de seguridad que encararían, EE.UU. argumentó la necesidad de bases y estaciones dentro y más allá de Europa Occidental y el nordeste de Asia, así como también arreglos de acceso temporal para el despliegue de las FFAA a gran distancia:

“Antes de la guerra en Afganistán, esa área ocupaba un lugar bajo en la lista de las principales contingencias que se planeaban. Pero, en un espacio de tiempo muy corto, tuvimos que operar en todo el territorio de esa remota nación, usando cada rama de nuestras fuerzas armadas. Debemos prepararnos para más de esos despliegues desarrollando elementos como los sensores avanzados a distancia, las capacidades de ataque de precisión de largo alcance y fuerzas de maniobra y expedicionarias transformadas. Esta amplia cartera de capacidades militares debe incluir también la capacidad de defender el territorio nacional, llevar a cabo operaciones de información, asegurar el acceso estadounidense a teatros de operaciones distantes y proteger la infraestructura y los bienes esenciales de Estados Unidos en el espacio exterior”⁵⁹.

Dentro de FFAA estadounidenses la innovación empezó a depender de la experimentación con nuevos enfoques de la guerra, el fortalecimiento de las operaciones conjuntas, la explotación de las ventajas que posee EE.UU. en cuanto a servicios de inteligencia y el pleno aprovechamiento de la ciencia y la tecnología. Transformando también la manera en que se administra el Departamento de Defensa, especialmente en lo que respecta a la administración financiera y el reclutamiento y retención del personal. Se mantiene la preparación a plazo corto y la capacidad de librar la guerra al terrorismo, cuya meta debe ser proveerle al presidente una amplia gama de opciones militares para desalentar la agresión o cualquier forma de coerción contra EE.UU. y sus aliados.

⁵⁹Ibíd. p. 22.

No es contingente que la importancia del rastreo y socavación de la privacidad de la ciudadanía en la Ley Patriota haya sido un asunto de altísima importancia para el gobierno estadounidense. Por ello en la Estrategia de 2002 se concibe que los datos de inteligencia –y cómo usarlos- sean la primera línea de defensa contra los terroristas y la amenaza que plantean los Estados supuestos hostiles. Los servicios de inteligencia deben integrarse apropiadamente con sus sistemas de defensa y ejecución de la ley, y coordinarse con sus aliados, especialmente con la Unión Europea y sus potencias dirigentes (no es raro que la Estrategia Europea de Seguridad de 2003⁶⁰ se vea claramente influenciada por la estrategia estadounidense de 2002 y considere a EE.UU. como la potencia con quien debe aliarse). Mientras el gobierno de Estados Unidos depende de las FFAA para defender sus intereses, depende de la diplomacia para inmiscuirse en los asuntos y decisiones de otros Estados-nación. Para este cometido asegura que el Departamento de Estado reciba suficientes fondos para garantizar éxito de su misión diplomática.

El rostro mediático estadounidense es el de unos diplomáticos que trabajan en la primera línea de negociaciones complejas, guerras civiles y otras catástrofes humanitarias. Comprenden mejor, superficialmente, los requerimientos del socorro humanitario, siendo capaces de ayudar a crear –y determinar- fuerzas policiales (ej. Europol en la UE), sistemas judiciales y códigos legales, instituciones de gobierno provinciales y locales y sistemas electorales. Al tiempo que se certifica que la guerra al terrorismo no es un choque de civilizaciones se revela, sin embargo, que sí existiría un choque dentro de una civilización, una batalla por el futuro del mundo musulmán, y

⁶⁰ UNIÓN EUROPEA. CONSEJO EUROPEO. ESTRATEGIA EUROPEA DE SEGURIDAD. *Una Europa segura en un mundo mejor*. Bruselas. 12 de diciembre de 2003. Disponible en la web: <http://consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/031208ESSIIES.pdf>

que ésta es una lucha de ideas y un área en la que EE.UU. debe sobresalir. La ESN estadounidense de 2002 sustenta el emprendimiento de las acciones necesarias para asegurar los esfuerzos que ayudasen a cumplir con los compromisos de seguridad mundiales que se han auto-asignado los EE.UU., protegiendo a que los militares y funcionarios estadounidenses no se vean “perjudicado” por el potencial de investigaciones, pesquisas o enjuiciamiento por parte del Tribunal Penal Internacional (TPI), cuya jurisdicción el gobierno Bush no aceptó abiertamente, sosteniendo que ella no se extiende a los estadounidenses (concibiendo simultáneamente al DIH como un mero instrumento moldeable y funcional en contra de otros, pero no aplicable para sí mismo). EE.UU. colaboraría con otras naciones para evitar complicaciones en sus operaciones y cooperación militares, mediante mecanismos tales como los acuerdos multilaterales y bilaterales que protegen del TPI a los nacionales de estadounidenses, aplicando a plenitud la Ley de Protección a los Miembros de las Fuerzas Armadas Norteamericanas, cuyas cláusulas tienen el propósito figurado es el de asegurar y mejorar la protección del personal y los funcionarios estadounidenses, mientras que el real es el de generar un vacío legal para la impunidad total que los libre de responsabilidades jurídicas por actos delictivos y de lesa humanidad.

En la estrategia se acepta que la diferencia entre asuntos internos y asuntos exteriores se va disminuyendo. Los acontecimientos que ocurren más allá de las fronteras de EE.UU. tienen, para el gobierno, un impacto mayor dentro de ellas. Según esta idea la sociedad occidental debe estar abierta a la gente, las ideas y los bienes del mundo entero que son vulnerables al terrorismo. Esta vulnerabilidad persistiría mucho después de que EE.UU. llevase ante la justicia a aquellos responsables de los ataques del 11 de septiembre. En el ejercicio de su sedicente liderato, los EE.UU. asevera que respetaría los valores, juicios e intereses de sus amigos y

socios. Pero estando preparados para actuar separadamente cuando lo requieran sus propios intereses y responsabilidades exclusivas. Cuando se consideren en desacuerdo respecto de algún punto en particular, explicarían sin rodeos los fundamentos de sus preocupaciones y se esforzarían por crear alternativas viables. No permitirían que tales desacuerdos empañen su determinación de asegurar conjuntamente, con sus aliados y amigos, los intereses y valores fundamentales que comparten. La Estrategia de 2002 alega en último término, que el fundamento de la fuerza estadounidense está en su propio país. Consistiría en las destrezas de su pueblo, el dinamismo de su economía y la capacidad de recuperación de sus instituciones. Sería una sociedad diversa y moderna que tendría de modo inherente la energía ambiciosa y de empresa cuya fuerza proviene de lo que hacen con esa energía. Es allí donde comenzaría su seguridad nacional, en la paradoja de una supuesta sociedad fuerte económica y políticamente que necesita de las intervenciones en otros territorios, –valga decir, muy ricos en recursos naturales cuyos gobiernos y civiles son acusados de apoyar o permitir el terrorismo- para cumplir con su tarea de “preservar” la dignidad de la humanidad, es decir, grupo de personas que ella determine como merecedor de incluirse en la categoría de humanidad.

Así, en la segunda administración de G.W. Bush, se publica, el 16 de marzo, la Estrategia de Seguridad Nacional de 2006⁶¹. Sin duda la anterior Estrategia de 2002 tuvo una repercusión que trascendió el ámbito de la comunidad estratégica tanto por editarse poco tiempo después de los sucesos del 9/11 como hacerlo en vísperas de la guerra contra Irak; esta estrategia fue aquella que estableció abiertamente la guerra contra el terrorismo global,

⁶¹THE WHITE HOUSE. *The National Security Strategy of The United States of America. The White House*, marzo de 2006. Disponible en la web: <http://www.whitehouse.gov/nsc/2006/nsss2006.pdf>

reivindicando las acciones de carácter preventivo. La Estrategia de 2006 es un documento que presenta más solicitudes que diferencias con respecto a su predecesora. Las críticas –operativas-, desde la misma oficialidad, a la anterior ESN de 2002, coinciden en torno a la insuficiente participación de los distintos planeamientos sectoriales en el diseño, en la falta de supervisión durante la ejecución de la estrategia y en el desequilibrio entre los distintos instrumentos, militares y no militares, en los que se apoya. Las críticas revelarían tanto la desproporción de la inversión en el instrumento militar como la debilidad de las herramientas no militares disponibles para conseguir sus objetivos. Entre 2003 y 2006 los gastos de defensa de EE.UU. pasaron de 405 billones de dólares a 535 billones, aproximadamente, mientras que los de “ayuda humanitaria y desarrollo” pasaron de 11 billones a 20 billones y los de asuntos exteriores de 10 billones a 16 billones.

Realmente la ESN de 2006 es una continuidad con respecto a la de 2002, manteniendo su misma estructura –y hasta capitulado-, aunque retomando como amenazas los riesgos que considera de la globalización: epidemias, tráfico ilícito y desastres naturales, pero desconociendo todo lo referente al calentamiento global. Se prorroga, de manera clara y tajante, la aseveración del terrorismo como principal amenaza a la seguridad de EE.UU. Los resultados de la ESN del 2002 en materia de lucha contra el terrorismo se consideraron también como una mezcla de errores y aciertos. La ESN 2006 continúa la diversificación de frentes de la lucha antiterrorista, desde la respuesta militar a los mecanismos diplomáticos, económicos o de desarrollo, desde la lucha unilateral por las ideas y el fomento de su idea de democracia y la “libertad” de cooperación multilateral y se mantiene también el principio de la acción preventiva reconociendo explícitamente la voluntad que tiene EE.UU. de profundizar su recurrencia a las acciones preventivas. Pero, curiosamente, la doctrina de la defensa anticipatoria no se mencionó con respecto a potencias como

Rusia y China, sino sólo con relación al acceso de lo que se determine como “Estados fallidos” o grupos terroristas a medios de destrucción masiva. En las postrimerías de los hechos del 9/11, y ante la impotencia de las doctrinas e instrumentos tradicionales para hacer frente a los nuevos actores y amenazas, parecía lógico reforzar el lenguaje de la disuasión y sembrar la incertidumbre entre los agresores potenciales, se transmitió el mensaje que se iba a utilizar la fuerza cuando fuera necesario, incluso sin esperar evidencias que justificaran una acción anticipada, para evitar que se repitieran los atentados de 2001.

Aprovechando la legitimidad de la defensa (ofensa) anticipatoria –que ha logrado EE.UU., apoyada por las otras potencias occidentales-, una figura que justifica el uso de la fuerza ante una amenaza inminente (cuya determinación se da de manera unilateral por parte de las potencias dominantes en el CS) como ejercicio del derecho a la “autodefensa” del art. 52 de la Carta de la ONU, la ESN de 2002 optó por una tendencia de ampliación de contenidos, para incluir acciones preventivas que se salgan de ese marco y que violan, también, flagrantemente el DIH. Según el informe del Grupo de Alto Nivel de las Naciones Unidas⁶² la legitimidad de la defensa anticipatoria estribaría sólo en la inminencia de las amenazas, siendo el último recurso, y en la determinación del Consejo de Seguridad donde, sin duda, EE.UU. ejerce uno de los papeles más preponderantes.

Una vez que las acciones de Afganistán e Irak dejaron la clara voluntad del gobierno de EE.UU. de actuar cuando sea (quiera) y donde sea (quiera) en contra de su enemigo el terrorismo, se esperaba algún gesto hacia los aliados para contrarrestar la clara imagen de unilateralidad creada y alguna

⁶² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Grupo de Alto Nivel de Naciones Unidas*. Apartados 188-192. Disponible en la web: http://www.un.org/spanish/secureworld/report_sp.pdf

restricción adicional al principio. Sin embargo, la ESN de 2006 mantiene la defensa anticipatoria en los mismo términos de la anterior estrategia. Aunque textualmente se denote la preferencia por las vías no militares, y aunque parcialmente se reconoció un fallo en la evaluación de la amenaza iraquí, se siguió apostando por el error. La unilateralidad mostrada por EE.UU. tras el 9/11 es incompatible con los marcos multilaterales en que sus aliados naturales prefieren adoptar decisiones colegiadas y regladas, incluso si tienen que colaborar con excepciones como sucedió en Kosovo. La ESN de 2006 se esforzó por sostener el protagonismo internacional de los EE.UU., añadiendo una intención de comunicación con el resto de actores para no sentirse aislados frente al terrorismo global internacional, diversificando los escenarios de colaboración y cooperación más allá del tradicional marco atlántico y de las potencias occidentales.

Discursivamente el fomento a la democracia y la libertad han sido dos de los objetivos más relevantes de las ESN de 2002 y 2006. Proceden de la tradición filosófico-política estadounidense que se sustenta en la alta consideración del modelo interno (ejemplarismo) y en su proyección internacional como misión de su política exterior (reivindicacionismo). Lo particular de la ESN de 2002 fue la vehemencia con la que apoyaba el fomento de la democracia y la creencia en su imposición bastaría para desencadenar un proceso de conversiones voluntarias (*shock and awe*) a la democracia y la libertad. La estrategia no ha funcionado como esperaba el gobierno y la ENS 2006 continuó apostando por fomentar discursivamente la democracia y la libertad como objetivos estructurales, a largo plazo, y mediante instrumentos vinculados al desarrollo, la transparencia, el desarrollo de la sociedad civil y la protección internacional de los derechos humanos. Tanto la ENS de 2006 como la de 2002 consideraron que la proyección de la democracia y la libertad son asuntos de los que dependía la seguridad nacional de EE.UU. y no se trata de deberes morales ni medios para

conseguir otros intereses. La persistencia de estos objetivos en la estrategia de seguridad confirmó la primacía del idealismo sobre el aislacionismo en la acción exterior. La estrategia de primacía adoptada por EE.UU. y que le permitió intervenir en los asuntos de la seguridad internacional –y de seguridad nacional de otros Estados, se corresponde también con esa visión idealista con la cual quiere ser identificado mundialmente para obtener la aprobación de la sociedad del miedo y del control.

3. LA GUERRA DE IRAK COMO CASO ILUSTRATIVO

La Guerra de Irak, llamada por el gobierno estadounidense *Operación Libertad de Irak* y *Operación Telic* por el del Reino Unido, inició con una ocupación de Irak el 19 de marzo de 2003 y finalizó –formal más no prácticamente- el 18 de diciembre de 2011. Las principales justificaciones para esta operación que ofrecieron el Presidente de los EE.UU., George W. Bush y sus aliados en la coalición (como sedicentes guardianes de los DDHH y el DIH), fueron, en primer lugar, la falsa afirmación de que Irak poseía y estaba desarrollando armas de destrucción masiva (ADM), violando un convenio de 1991y, así, transgrediendo el DIH, y, en segundo término, la aseveración de que el gobierno iraquí representaba un peligro para el mundo entero (especialmente para EE.UU. y sus aliados) y para su propia población civil, a quien violaba sistemáticamente sus derechos humanos y permitía las violaciones al DIH por parte de grupos subversivos al interior del país. EE.UU. criticó ampliamente a los servicios de información, y a los inspectores designados al efecto que no encontraron pruebas de que existieran las supuestas armas de destrucción masiva. Después de la invasión, el Grupo de Investigación en Irak llegó a la conclusión de que Irak había terminado sus programas para desarrollar dichas armas en 1991 y no había ninguna en el momento de la invasión, pero que tenían la intención de reanudar la producción siempre y cuando se levantaran las sanciones. EE.UU. alegó que Saddam Husein y Al-Qaeda habían estado cooperando, pero nunca se hallaron pruebas de que existiera una relación de colaboración. Otras razones para la invasión incluían las preocupaciones sobre el apoyo financiero de Irak para las familias de terroristas suicidas palestinos, la propagación de la democracia y el interés en las reservas de petróleo de Irak – aunque esta última razón fue negada por la oficialidad gubernamental estadounidense-.

La invasión llevó a la rápida derrota de las fuerzas iraquíes, al derrocamiento y captura del Presidente Husein en diciembre de 2003, y a su ejecución en diciembre de 2006. La coalición dirigida por los EE.UU., en el Irak ocupado, argumentó siempre querer establecer un nuevo gobierno democrático. Sin embargo, parece que lo que llevó a Irak fue un halo de destrucción: las estimaciones del número de personas muertas fluctúan entre más de 150.000 a más de 1 millón. El costo financiero de la guerra ha sido estimado en más de £4.500 millones (US\$ 9.000 millones) para el Reino Unido, y más de US\$ 845.000 millones a los EE.UU., con el coste total para la economía de este último estimada en US\$3 a 5 billones. Algunas de las naciones que integraron la coalición comenzaron a retirar sus fuerzas como consecuencia de una opinión pública desfavorable y al progresivo aumento de efectivos iraquíes para asumir la responsabilidad de la seguridad.

3.1 Antecedentes de la invasión

Tras la Guerra del Golfo de 1991, la Resolución 687 del CS – como órgano decisor, y no sólo consultivo, en cuanto a la seguridad y la paz internacionales- ordenó poner fin a los programas de desarrollo iraquí de armas químicas, biológicas, nucleares y de misiles de largo alcance así como la destrucción del arsenal existente en virtud de la Comisión Especial de Control de las Naciones Unidas. Los inspectores de armas de la ONU en Irak pudieron verificar la destrucción de una gran cantidad de material de armas de destrucción masiva, sin embargo seguían manteniéndose ciertas cuestiones después de que la Comisión Especial salió de Irak en 1998 debido a la inminente acción militar por parte los Estados Unidos y el Reino Unido. Poco después de que los inspectores se retiraron, los EE.UU. y el Reino Unido pusieron en marcha la Operación Zorro del Desierto del 16 al 19 de diciembre de 1998 con tal de dañar la capacidad militar iraquí. Fueron cuatro días de bombardeos sobre Bagdad y otros

puntos estratégicos de este país, en los que se destruyeron arsenales, instalaciones y sistemas de defensa.

Además de la inspección del régimen, los EE.UU. y el Reino Unido (junto con Francia hasta 1998) participaron en un bajo nivel de conflicto con Irak y en hacer cumplir las zonas de prohibición de vuelos entre el norte y el sur iraquí. Estas zonas fueron creadas tras la guerra del Golfo Pérsico para proteger el Kurdistán iraquí en el norte y las zonas del sur chiita, y fueron vistas por el gobierno iraquí como una violación de su soberanía. La defensa aérea iraquí y las patrullas aéreas estadounidenses y británicas intercambiaron disparos con regularidad durante 6 años. Ya desde abril de 2001, el gabinete de Bush había dado su acuerdo para utilizar la intervención militar en Irak, porque se consideró una influencia desestabilizadora para el flujo de petróleo a los mercados internacionales de Oriente Medio. Neoconservadores en los EE.UU. pidieron que se promoviera un golpe de Estado mucho antes de los ataques del 9/11, con la esperanza de que un nuevo gobierno usara el petróleo de Irak para destruir el cartel de la OPEP.

Aproximadamente un año antes de la *Operación Libertad para Irak*, los EE.UU. iniciaron en el sur de la *Operación Focus* como un cambio en su estrategia de respuesta, aumentando el número global de las misiones y la selección de objetivos en todas las zonas de prohibición de vuelos con el fin de perturbar la estructura de mando militar en Irak. El peso de las bombas arrojadas sobre Irak aumentó llegando a un pico pre-guerra de 54,6 toneladas en septiembre de 2002. Ya el 22 de mayo de 2003 el CS de la ONU votó 14 a 0 a favor de la aprobación de la resolución presentada para otorgar el poder de gobernar Irak (y de utilizar sus recursos petroleros para la reconstrucción de ese país) a los EE.UU. y al Reino Unido. La resolución 1483 terminó con casi 13 años de sanciones económicas originalmente impuestas después de la invasión

iraquí a Kuwait en 1990. La resolución aprobó que el secretario general de la ONU de ese entonces, Kofi Annan, envíe a un representante especial a trabajar con los administradores de los EE.UU. y Gran Bretaña en la reconstrucción, la ayuda humanitaria y la creación de un nuevo gobierno.

La resolución creó un nuevo programa de fondos para el desarrollo de Irak a través del cual se manejarían los recursos obtenidos de la explotación del petróleo. Los fondos serían usados por los EE.UU. y Gran Bretaña para reconstruir el país, actividad que sería supervisada por una nueva junta consultiva compuesta por EE.UU. e instituciones financieras internacionales. Comenzaría su existencia con un depósito de US\$1000.000.000, fondos transferidos de la cuenta "*petróleo por alimentos*" de los EE.UU. El programa "*petróleo por alimentos*" sería eliminado progresivamente durante un período de seis meses. La resolución requería una revisión cada año, paso requerido por Alemania y Francia.

3.2. La transgresión al DIH: la inexistencia de las armas biológicas y afectación a la población civil

Con la puesta en marcha de la *Operación Libertad de Irak*, entraron en acción caza-bombarderos F.117 y misiles Cruceros (Tomahawk); el Secretario de Defensa de EE.UU. argumentaba que las fuerzas de la coalición habían atacado las sedes de los altos responsables iraquíes, mientras el presidente Bush afirmaba que el conflicto tendía a defender al mundo del grave peligro y a extender la paz con la disposición de una coalición de más de 35 países. Con anterioridad el Departamento de Estado estadounidense había declarado que la coalición incluía cerca de 45 países que habían

aceptado que su nombre se hiciera público, y una docena que quería permanecer en el anonimato¹.

Al llevar a cabo esta invasión, EE.UU. violaba el DIH y la Carta de la ONU; no más durante sus primeras semanas aplicó intensos bombardeos provocando miles de víctimas principalmente civiles y una gran destrucción a las condiciones de vida de los sobrevivientes. Cuando cualquier medio de muerte impactó una escuela, un hospital, un mercado, un lugar solitario de vivienda o simplemente otro lugar donde las víctimas son niños, mujeres, ancianos o cualquier civil, el gobierno estadounidense se apresuró a decir que fue “un accidente”, “un error” o “un daño colateral”, lo que forma parte de la política de desinformación imperialista, que trata de confundir a la opinión pública. Tal cosa ha sucedido en los casos de Yugoslavia, Afganistán e Irak; pero los daños que ocasionan las guerras, o son correctos, cuando se planifica batir un objetivo militar enemigo sin ocasionar otros; son accidentales, los que no se planifican pero se producen por errores; los subsidiarios que se ocasionan adicionalmente cuando se producen los otros daños, y los daños colaterales que se planifican en toda acción, porque se conoce de antemano que se van a ocasionar por estar en el área del objetivo principal; pero no son daños colaterales los que van más allá, por su intención y resultados, que ocasionan víctimas y daños a personas y bienes civiles, adrede.

El 18 de marzo de 2003 el presidente del CICR, Jacob Kellenberger² habló ante la Comisión de Derechos Humanos en Ginebra; sostuvo que para los efectos del DIH y de la

¹D'ESTEFANO PISANI, Miguel. *Iraq: guerra y Derecho Internacional Humanitario I*. Ciudad de la Habana, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, CEDIH, 2003. p. 1.

²Citado en: D'ESTEFANO PISANI, Miguel. *Iraq: guerra y Derecho Internacional Humanitario I*. Óp. Cit., p. 2.

protección que contiene, no hay guerras justas o injustas; el CICR se ocupa de la aplicación del DIH y de aliviar la suerte de las personas afectadas por las hostilidades, para enfatizar que las normas del DIH se esfuerzan por su fiel aplicación y por aliviar la suerte de las personas afectadas por las hostilidades, en la obligación de preservar a la población civil de los efectos de esas hostilidades; que el principio de la proporcionalidad impone a los beligerantes la obligación de abstenerse de lanzar un ataque contra un objetivo militar legítimo si cabe prever que causara incidentalmente muertos y heridos entre la población o daños a bienes de carácter civil que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista, afirmando que el derecho de los beligerantes a elegir los medios de combatir al enemigo no es ilimitado, el DIH prohíbe el empleo de medios y métodos de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar males superfluos o sufrimientos innecesarios. Haciendo referencia al inminente conflicto en Irak, concluyó diciendo que el CICR estaría decidido a proseguir sus actividades humanitarias en ese país, a obrar sin descanso porque se apliquen plenamente las disposiciones del DIH y a proporcionar a la población civil afectada una asistencia médica esencial y socorros de emergencia: esto es lo que haría como institución humanitaria.

Luego, el 20 de marzo de 2003, se produce un encuentro con la prensa por parte del Director de Operaciones del CICR, quien informa acerca del llamamiento realizado por el presidente del CICR, y del memorando a las diversas partes beligerantes, Estados Unidos, el Reino Unido e Irak, de sus obligaciones internacionales. Se informa de los preparativos operacionales para ese conflicto y del propósito fundamental en los casos de conflictos armados; se hizo un llamamiento a los donantes en solicitud de 108 millones de francos suizos para el conflicto, adicional a los 28 millones para las operaciones ordinarias del año 2003, con vista a los gastos derivados de tal situación, durante un periodo de cuatro

meses. Una de las preocupaciones era el número de heridos de guerra y de personas afectadas de un modo u otro por las hostilidades; preocupaba al CICR la cuestión de las personas desplazadas en el interior de Irak, el suministro de agua potable y los sistemas de evacuación de aguas residuales, así como la cuestión de las personas detenidas y los prisioneros de guerra.

A finales de marzo de 2003 se produce otro llamamiento del CICR para que se respete el DIH, profundamente preocupado por las consecuencias de índole humanitaria de hostilidades en Irak, especialmente por lo que atañe a las repercusiones de las operaciones militares en la población civil: El CICR tenía la firme intención de desplegar sus actividades de conformidad con su cometido, recordando a todos los Estados Partes en los Convenios de Ginebra su obligación de respetar y hacer respetar el DIH, que las personas que no participan en las hostilidades han de ser tratadas en toda circunstancia con humanidad, de que el derecho a elegir los métodos y medios de hacer la guerra no es ilimitado; que el DIH proscribía el empleo de armas de tal índole que causan males superfluos o sufrimientos innecesarios, así como el empleo de armas químicas y biológicas y que la humanidad es un principio fundamental del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

En tanto, EE.UU. se atribuyó la doble función de realizar la guerra y con ello producir miles de víctimas civiles y destrucciones de toda índole y a su vez, de llevar la “ayuda humanitaria”. Es así, que EE.UU. creó la Oficina para la Reconstrucción y Ayuda Humanitaria (ORHA) cuyo propósito era dirigir el poder ejecutivo en esa nación del Golfo Pérsico hasta tanto no se organizara un llamado “gobierno de transición”. El Jefe de la ORHA era el general retirado Jay Garner, bajo el mando del Jefe del Comando Central, general Tommy Frank. Estados Unidos habló; por medio de sus

voceros y dirigentes, del peligro de perder la “guerra de propaganda” y elaboró un plan para inundar a toda la prensa con las noticias y comentarios dimanados de ese país: por supuesto, eso sucedía en nombre de la libertad de prensa y de la verdad en la información. Pero, paradójicamente, el 8 de abril de 2003, coincidente con la entrada de las primeras tropas norteamericanas a Bagdad, se produce la muerte de tres periodistas extranjeros, por el fuego de las tropas estadounidenses al Hotel Palestina donde se alojaba gran parte de la prensa acreditada en Bagdad. Ese mismo 8 de abril el Almirantazgo británico ordenó cortar la señal de la emisora oficial de televisión (la BBC) a bordo del portaviones Ark Royal, la nave insignie de la flota inglesa en el Golfo Pérsico porque el tratamiento de las noticias sobre la guerra era “pro iraquí”. El 22 de abril el Mando Central estadounidense informa de un periodista muerto y dos heridos en el hospital Al Ibn Al Natir. Se elevaba así a 13 el número de los periodistas muertos durante la guerra. No podía alegarse ser víctimas “colaterales” o de un “error”. La organización de periodistas paquistaníes expresó que Estados Unidos atacó “deliberadamente” el Hotel Palestina y que el ataque fue una descarada violación de los derechos humanos la libertad de prensa. Fue eso y, además, una flagrante violación de las normas que se recogen en el DIH de protección de los periodistas en función profesional en los conflictos armados.

En la primera semana de la invasión ya Bagdad presentaba un cuadro horripilante de destrucción, caos, carencia de servicios de agua y hospitales y de saqueos de un invaluable patrimonio cultural de milenios que se encontraban en el Museo Nacional, la Biblioteca Nacional, el Centro Islámico y otros lugares aislados considerados patrimonio de la humanidad por la UNESCO: se habían perdido casi 700 años de historia. No obstante, el Secretario de Defensa Rumsfeld aseveraba que aún quedaban tareas pendientes; entre ellas las de encontrar las armas de exterminio masivo de Irak y de

asegurar las fronteras para impedir la evasión de personajes iraquíes; así como la fuga de esos funcionarios

El 9 de abril el CICR comunica que había suspendido temporalmente sus operaciones humanitarias en Bagdad porque la situación de la ciudad era “caótica e imprevisible”, pero dos días después reanudó las actividades³. El día 14 de abril el CICR hace un nuevo llamamiento urgente a favor de la protección de la población civil, de los servicios civiles y de las personas que no participan en los combates, y a que era sumamente alarmante el caos que reinaba en Bagdad y en otros lugares de Irak; el sistema médico en Bagdad se había derrumbado prácticamente, nadie recogía los restos mortales, lo que conllevaba un alto riesgo de epidemia; los establecimientos civiles dañados o destruidos debían ser reparados en el más breve plazo por las potencias ocupantes, además éstas tenían el deber de proporcionar a la población cantidades suficientes de agua y víveres y la necesaria asistencia médica. Los heridos y los muertos debían ser evacuados sin demora y los actos de perfidia estaban prohibidos. Nada de todo lo anterior se cumplió siquiera de una manera parcial por parte de las potencias.

Específicamente el DIH establece los siguientes deberes para los ocupantes en caso de guerra: tomar las medidas necesarias para restablecer o garantizar las condiciones de vida y el orden público; velar por el buen funcionamiento de la administración; respetar la leyes vigentes; no modificar el estatuto de funcionarios y magistrados; garantizar el abastecimiento de víveres y medicinas; dar facilidades a los organismos de protección civil (como el CICR); proteger la población civil; respetar las convicciones religiosas; respetar los derechos de la población; que siga en vigor la legislación

³D'ESTEFANO PISANI, Miguel. *Iraq: guerra y Derecho Internacional Humanitario I*. Óp. Cit., p. 6.

penal, salvo en lo que amenaza a la seguridad del ocupante o si es un obstáculo al IV Convenio de Ginebra de 1949 sobre población civil; apoyar a las autoridades a fin de salvaguardar y conservar los Bienes Culturales.

Sin embargo, durante la intervención de la coalición no cesó el caos en Irak y en particular en Bagdad; y así el 14 de mayo de 2003 Rumsfeld aseveraba que las tropas estadounidense aumentarían la fuerza para restaurar el orden en Irak, por la incapacidad de las tropas para detener los saqueos en la capital iraquí y, asimismo, las tropas recurrirían a la fuerza para asegurarse que la gente que trata de causar el desorden sea detenida y capturada o ejecutada⁴. Debido al desorden y anarquía que se vivía en Irak, era claro que el aparato militar estadounidense seguiría ostentando el control del país; su presencia, sin embargo, debía reducirse al mínimo; una vez que las cosas hubiesen vuelto a la “normalidad” la administración Bush tenía que haber acatado que sólo la ONU podría darle la legitimidad internacional necesaria para seguir clamando ser el liberador y no el ocupante, para que no sucediera lo que había ocurrido en otras intervenciones anteriores, donde EE.UU. por lo general impuso en el poder a su favorito cliente local. Pero el caso de Irak no fue la excepción. Los EE.UU. reconocieron, a través de Rumsfeld, haber empleado armas como los misiles “termobáricos”.

Mientras tanto, el 14 de abril de 2003, los inspectores de la ONU calificaron como totalmente erróneas las pruebas que presentó el Secretario de Estado, Colin Powell, sobre Irak. Se referían a lo afirmado por Powell sobre la existencia de laboratorios móviles para armas prohibidas ocultas en vehículos o camiones. El 23 de abril, el jefe de los inspectores de desarme de la ONU, Hans Blix, denunciaba la falsificación

⁴D'ESTEFANO PISANI, Miguel. *Iraq: guerra y Derecho Internacional Humanitario II*. Ciudad de la Habana, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, CEDIH, 2003. p. 1.

de documentos para justificar la guerra en Irak: Una parte importante de los documentos sobre los que se basaron las capitales (Washington y Londres) para su dossier era muy poco sólida. Ese mismo día EE.UU. rechazó a los inspectores de la ONU a pesar de las resoluciones del CS; la Casa Blanca afirmó que la coalición había asumido la responsabilidad de mantener los programas de armas de exterminio de Irak, que formaba parte del objetivo compartido de la comunidad internacional. Estados Unidos culpó al Jefe de los inspectores de armas de la ONU por no haber presentado informes más duros sobre las armas de exterminio de Irak; el mismo día 23 de abril declaró el embajador de EE.UU. en la ONU, John Negroponte que “[...] *por el momento, y en un futuro inminente, vemos esto como una actividad de la coalición*”⁵.

Estados Unidos, en un primer momento, planificó y puso en marcha un proyecto encaminado a dividir Irak en tres partes con una Autoridad militar estadounidense, pero luego cambia de un enfoque mayormente militar a otro especial y supuestamente político, ya que se consideraba que la reconstrucción requería de más policías, zapadores, expertos en apertura de caminos, remoción de escombros, estaciones de tractores pesados, así como agentes de enlace civil, y menos aviones, tanques y combatientes. Todo ello para establecer un nuevo sistema político y democrático, porque se había decidido que el “nuevo” Irak sería de privatizaciones de empresas estatales, reglas más rigurosas de protección a la propiedad privada y el libre mercado, así como de acceso durante un largo periodo de bases militares del Pentágono en la región: el libre mercado llegaría a Irak antes que la paz y la democracia reales.

El día 14 de mayo de 2003 EE.UU. presentó en el CS un proyecto de 25 puntos sobre levantamiento de sanciones a

⁵ *Ibid.*, p. 3.

Irak. Hay que recordar que el CS impuso sanciones económicas a Irak en ocasión de la Guerra del Golfo (1990-1991). Después de varios años se acordó por el CS la fórmula “petróleo por alimentos” que limitaba grandemente la exportación del petróleo iraquí. El programa de 25 puntos, estableció conceder plenos poderes a la Autoridad estadounidense en Irak, concediéndole total decisión sobre el destino del país; competencia exclusiva para la restauración de las condiciones de seguridad y estabilidad; la formación de un gobierno iraquí interino estableciendo las instituciones nacionales, la libertad de exportación de petróleo y del comercio exterior iraquí. Los ingresos petroleros se administraron por un fondo de asistencia iraquí, con una junta asesora y en la que estaban presentes el FMI y el Banco Mundial; los fondos serían desembolsados bajo la dirección de la Autoridad para los fines siguientes: subvencionar las necesidades humanitarias; la reconstrucción; reparar la infraestructura de Irak. De esta manera la enorme destrucción consumada por los anglo-norteamericanos fue costeadada con los recursos petroleros de Irak. En relación al papel de la ONU, el referido proyecto, que pretende servirse de la ONU para legitimar la ocupación, fue aprobado por el Consejo de Seguridad el 20 de mayo de 2003 sin ninguna modificación de importancia; no se alteró en lo esencial el proyecto.

Las fuerzas de ocupación no tuvieron un tiempo establecido para su retirada; cada doce meses el CS evaluaba la situación y autorizaba a los ocupantes la administración de Irak hasta tanto se constituyera un “gobierno democrático”; se autorizaba a las fuerzas de ocupación lo que EE.UU. había propuesto sobre el petróleo. El mismo embajador Negroponte sostuvo que bajo ningún punto de vista se consideraría un plazo límite para que finalizara la ocupación. Francia, Rusia y Alemania, se presentaban como opuestos a la resolución pero, al final, optaron por votar a favor de ella sin mayores discusiones.

Bush propugnaba por que la misión de las fuerzas de ocupación culminara cuando los iraquíes tuvieran la seguridad, el alimento y las condiciones necesarias; y como todo eso faltaba en absoluto en Irak resultó un ejercicio difícil de establecer cuándo llegaría efectivamente ese día: aún 12 años después, hay en Irak bases militares norteamericanas y miembros de empresas militares privadas estadounidenses como *Blackwater*, encargadas de cuidar oleoductos y gasoductos, conformadas por ex militares⁶. La norma que establece el Derecho Internacional, de que toda ocupación extranjera debe concluir lo más pronto posible, fue abiertamente violada por las potencias ocupantes.

El 17 de abril de 2003 comenzó la “búsqueda” de un nuevo gobierno. Se informa el 8 de mayo, desde Londres, que altos mandos militares, de más de una docena de países se reunieron para diseñar una fuerza militar internacional de estabilización para Irak. Entre los asistentes se encontraban España, República Checa, Alemania, Australia, Polonia, el Reino Unido y Estados Unidos. El 26 de marzo, recién comenzada la agresión a Irak, el Director General del CICR, Ángelo Gnaedinger escribe su trabajo “*Dejar un espacio a la humanidad*” para señalar que el DIH estipula que debía hacerse todo lo posible para evitar causar incidentalmente la muerte o heridas a personas civiles, evitar daños y destruir estructuras vitales.

Cuando a principios de mayo de 2003 fue presentada una demanda en Bélgica donde se acusaba de crímenes de guerra al General Tommy Franks, el gobierno estadounidense pidió a Bélgica que desestimara el caso, ya que consideraba que la demanda presentada era “ridícula”: EE.UU. esperaba que el gobierno belga tomara las acciones necesarias para

⁶ RT NEWS. *US in Iraq: Soldiers out; Blackwater in?* RT News online, disponible en la web: <http://rt.com/usa/iraq-blackwater-academi-wright-651/>

desestimar la demanda de acuerdo con sus leyes y de ser diligente tomando pasos que evitar el abuso de su sistema legal para fines políticos. Poco faltó para recordarles que Washington estaba dispuesto a actuar contra La Haya o contra Bruselas, si un ciudadano suyo era llevado ante la Corte Penal Internacional.

En todo lo que ha tenido que ver con Irak y la guerra, la ONU, o bien ha estado presente, como en la famosa resolución que disponía conocer de la opinión de los expertos de armas en Irak que EE.UU. violó con su agresión a partir del 19 de marzo y, posteriormente, con su presencia o no presencia en los acontecimientos sucedidos *a posteriori*. Las potencias occidentales funcionalizaron, por medios diplomáticos y militares, a las Naciones Unidas declarando un estado de excepción de facto a nivel global que les permitiera dejar de lado las normas del DIH y el DIDH. La función de la ONU en Irak se limitó, a remendar los destrozos que EE.UU. dejó, como en cada una de sus “guerras de liberación”. Después de Irak, la oficialidad gubernamental estadounidense tenía sus esperanzas en que cambiarán también los regímenes de Siria e Irán y que ello garantizara que Israel fuera la superpotencia incuestionada de la región.

3.2.1. Acerca de las detenciones ilegales, las desapariciones forzadas y las torturas: la influencia de la Autoridad Provisional y la Fuerza Multinacional

Uno de los problemas principales en la esfera del DIH y del DIDH en la invasión a Irak fue la detención de miles de personas –especialmente civiles- sin que se les respetase el procedimiento reglamentario por parte de las autoridades militares de las potencias invasoras. Y aún durante el proceso de salida de las tropas estadounidenses a finales de la primera década del 2000, con el gobierno y el aparato jurídico-político establecido por las fuerzas ocupantes, estas transgresiones siguieron presentándose en gran cantidad.

Tras “finalizar” la guerra, se dio paso a una operación de entrenamiento, por parte de las fuerzas estadounidenses, de las tropas iraquíes para combatir la insurgencia y el terrorismo. Esta operación se dio a conocer como *Operación Nuevo Amanecer*, y representa la continuación de la guerra de Irak, que se inicia al organizar los EE.UU. una coalición multinacional para la invasión de Irak, estando compuesta por unidades de las fuerzas armadas de los propios Estados Unidos, el Reino Unido y contingentes menores de Australia, Dinamarca, Polonia y otros Estados.

Entre 2001 y 2011, las fuerzas estadounidenses e iraquíes cometieron graves violaciones al DIH y a los DDHH, sometiendo a torturas y otros malos tratos a numerosos detenidos, causando la muerte a muchos de ellos. Han asesinado civiles en registros practicados en domicilios, controles de seguridad y en enfrentamientos armados. Muchos de los detenidos permanecieron recluidos arbitrariamente, sin cargos ni juicio, por más de una década. Otros aún siguen en prisión a pesar de que tribunales o jueces de instrucción iraquíes ordenaron sus liberaciones por falta de pruebas o de razones adecuadas para encarcelarlos. Miles siguen en prisión a pesar de la Ley de Amnistía de 2008, que ordena la excarcelación de personas que continúen recluidas sin cargos una vez transcurridos 6 ó 12 meses desde su arresto.

Muchos de esos detenidos han sido víctimas de malos tratos y torturas en el período inicial de su detención (en la ocupación de la coalición) cuando se los recluyó en régimen de incomunicación. Gran parte han sido árabes suníes del centro, oeste y noroeste de Irak, sospechosos de participar a los grupos armados suníes que lideraron la lucha contra el gobierno iraquí y las fuerzas estadounidenses. Otros centenares fueron musulmanes chiíes sospechosos de apoyar al Ejército del Mahdi –formado por seguidores del líder

religioso Muqtada al Sadr–, que llevaba a cabo actividades armadas contra las fuerzas iraquíes y estadounidenses, principalmente en Bagdad y el sur de Irak. Se calcula que para 2011 unas 30.000 personas se encontraban recluidas sin juicio por las autoridades iraquíes, aunque se desconoce la cifra exacta dado que las autoridades no revelan esa información. La mayoría permanecen en prisiones y centros de detención bajo el control de los Ministerios de Justicia, Interior y Defensa, hacinadas y soportando unas condiciones de detención muy duras⁷. Algunos detenidos han sido recluidos en centros de detención secreta y torturados. La información que ha salido a la luz recientemente sobre una prisión secreta en Bagdad donde los detenidos fueron torturados durante meses. En la región iraquí del Kurdistán, en el norte del país, gobernada por el Gobierno Regional del Kurdistán y donde la situación de seguridad en general ha sido mucho mejor que en el resto de Irak, se han denunciado abusos similares, si bien a una escala mucho menor. Decenas de personas han permanecido recluidos sin cargos ni juicio, algunas de ellas hasta 10 años. Otras han sido víctimas de desaparición forzada y algunas de torturas.

Desde el comienzo de 2009 las fuerzas estadounidenses, en preparación de su retirada de Irak, prevista para finales de 2011, han liberado a detenidos o los han transferido a la custodia de las autoridades iraquíes. A mediados de 2007, la cifra de detenidos en poder de los estadounidenses rondaba los 23.000, la mayoría sin cargos ni juicio. La práctica de la detención arbitraria no sólo contraviene al DIH y al DIDH, sino también a la legislación iraquí. El Derecho Internacional prohíbe a EE.UU. transferir personas detenidas a cualquier lugar donde puedan sufrir tortura u otras violaciones graves de los derechos humanos. La prohibición absoluta de transferir

⁷AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Nuevos orden, idénticos abusos. Detenciones ilegales y tortura en Irak*. Madrid, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 2010.

detenidos a una situación en la que corran riesgo de sufrir tales abusos es inherente a la propia prohibición de tortura y otros malos tratos. La obligación de los Estados de no torturar o maltratar a los detenidos incluye las condiciones que encontrarán los detenidos cuando sean liberados o transferidos.

Como ya se ha mencionado, el 19 de marzo de 2003, fuerzas lideradas por EE.UU. invadieron Irak y en unas semanas habían puesto fin al mandato de 24 años de Saddam Husein. Se estableció la denominada Autoridad Provisional de la Coalición en Irak y, el 1 de mayo de 2003, el diplomático estadounidense Paul Bremer fue nombrado su jefe. El 23 de mayo, la Orden N° 2 de la Autoridad Provisional disolvió el ejército iraquí. Las fuerzas de Reino Unido, que formaban parte de la Fuerza Multinacional, asumieron el control del sur de Irak mientras que EE.UU. y otras fuerzas extranjeras se hicieron con el control del resto del país, a excepción de la región semiautónoma iraquí del Kurdistán. La Orden N° 17 de la Autoridad Provisional, emitida en junio de 2004, otorgó inmunidad (impunidad) frente al procesamiento en Irak a todas las fuerzas estadounidenses y extranjeras y a todos los contratistas extranjeros que operaban en Irak bajo los auspicios de la Fuerza Multinacional por cualquier delito que pudieran cometer en el territorio de este país. El 8 de junio de 2004, la Resolución 1546 del Consejo de Seguridad de la ONU declaró que la ocupación de Irak terminaría el 30 de junio de 2004, momento en que la Autoridad Provisional de la Coalición sería sustituida por un gobierno provisional iraquí liderado por Ayad Alawi, aunque la Fuerza Multinacional permanecería en Irak hasta el fin de 2005.

Posteriormente, el CS acordó prorrogar cada año la presencia de la Fuerza Multinacional hasta el fin de 2008. El 30 de enero de 2005 se celebraron las primeras elecciones parlamentarias tras la invasión, y una coalición chií, la Alianza Iraquí Unida

(AIU), obtuvo la mayoría y accedió al poder. El doctor Ibrahim al Yafari, líder del partido Al Dawa, se convirtió en primer ministro en marzo de 2005. Una nueva Constitución fue aprobada por mayoría en un referéndum celebrado el 15 de octubre de 2005. Sin embargo, importantes miembros de la (AIU), entre otros –incluidas las autoridades estadounidenses–, empezaron a inquietarse por la incapacidad creciente de Ibrahim al Yafari para poner fin a la violencia. El 22 de mayo de 2006, Nuri al Maliki, segundo líder del partido Al Dawa, sustituyó a Yafari, que renunció a su cargo tras las presiones recibidas desde su partido. En 2006, en vista de la creciente insurgencia y los ataques por parte de los grupos armados, las autoridades militares estadounidenses establecieron los Consejos del Despertar (también conocidos como Hijos de Irak), milicias suníes armadas, entrenadas y financiadas por la Fuerza Multinacional para luchar contra Al-Qaeda en Irak.

A lo largo de 2006 y 2007 se registró un marcado incremento de la violencia, cada vez más sectaria. Miles de personas, suníes y chiíes, murieron y miles más fueron obligadas a huir de sus hogares debido a los ataques sectarios que azotaron el país durante el resto de 2006 y 2007. Varios cientos de miles de personas fueron desplazadas internamente en Irak y centenares de miles más huyeron como refugiadas a países vecinos, en particular a Siria y Jordania. En noviembre de 2008, el Parlamento iraquí aprobó el Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas (SOFA, por sus siglas en inglés), pacto de seguridad entre los gobiernos iraquí y estadounidense que entró en vigor la medianoche del 31 de diciembre de 2008, cuando expiró el mandato de la ONU que autorizaba la presencia de tropas estadounidenses en Irak. En virtud del SOFA se acordó que las fuerzas estadounidenses se retirarían de las áreas urbanas a finales de junio de 2009 y totalmente de Irak a finales de 2011. Se acordó también que las fuerzas estadounidenses liberarían o transferirían a la custodia iraquí a todos los detenidos en su poder, y

entregarían a Irak el control de las prisiones controladas por ellas hasta ahora. En virtud del SOFA se acordó también que los contratistas privados empleados por el Departamento de Defensa estadounidense perderían su inmunidad frente al procesamiento en Irak, pero el acuerdo no hacía referencia a otro personal subcontratado, como los contratistas de empresas militares y de seguridad privadas que trabajan para el Departamento de Estado estadounidense, algunos de los cuales han sido acusados de cometer abusos graves contra los derechos humanos. La Fuerza Multinacional pasó a denominarse Fuerza de Estados Unidos en Irak (USF-I) el 1 de enero de 2010. Así, el 1 de enero de 2009 el gobierno iraquí asumió el control de la Zona Verde (el recinto fortificado de 10 kilómetros cuadrados situado en el centro de Bagdad donde se encuentran las sedes de gobierno y de la diplomacia). Hasta entonces la Zona Verde había estado bajo el control del ejército estadounidense. En junio de 2010, las fuerzas de seguridad iraquíes asumieron el control de los puestos de seguridad que daban acceso a la Zona Verde. El 7 de marzo de 2010 se celebraron elecciones nacionales en un entorno de violencia creciente; en los comicios no hubo ningún vencedor claro.

En febrero de 2009, Barak Obama, ya como presidente estadounidense, afirmó que las fuerzas de combate estadounidenses abandonarían Irak el 31 de agosto de 2010, aunque después de esa fecha permanecerán en el país otras fuerzas no combatientes con el fin de entrenar a las fuerzas de seguridad iraquíes y llevar a cabo acciones conjuntas cuando sea necesario. Sin embargo, a finales de 2011 no deberían quedar tropas estadounidenses dentro de Irak. La violencia y los disturbios de los últimos diez años han tenido un efecto devastador sobre Irak y su población. Centenares de miles de personas fueron asesinadas –se ha calculado que

al menos 151.000 sólo entre 2003 y 2006⁸— aunque la cifra real de muertos se desconoce. Servicios básicos como la salud o la educación se han colapsado o apenas funcionan. Los suministros de agua y electricidad fueron, en el mejor de los casos, intermitentes; el 70% de los iraquíes no tiene acceso a agua potable y el 80% no tiene acceso a instalaciones higiénicas eficaces. El acuerdo de seguridad de noviembre de 2008 exige a las fuerzas estadounidenses liberar o transferir a la custodia iraquí a todas las personas recluidas en las prisiones administradas por las fuerzas estadounidenses en Irak. Sin embargo, en ninguna parte del acuerdo se mencionan las obligaciones de ambos Estados en materia de derechos humanos. La más pertinente es el artículo 4.3, que establece: Las Fuerzas de Estados Unidos debían respetar las leyes, costumbres y tradiciones de Irak, así como el Derecho Internacional aplicable. El acuerdo no incluye ninguna salvaguardia para los presos transferidos a la custodia iraquí aunque el gobierno estadounidense no podía desconocer que la tortura y otros malos tratos han sido y son habituales en las prisiones y centros de detención controlados por el gobierno iraquí y sus fuerzas de seguridad.

Los detenidos bajo custodia estadounidense eran interrogados por funcionarios del Ministerio del Interior y de los servicios de información iraquíes aunque sin tener acceso a representación letrada, tras lo cual el DAC (Comité encargado de los Asuntos de los Detenidos) decidía si se debía recomendar su liberación o si se debía emitir una orden de arresto o privación de libertad y transferirlos a la custodia iraquí. La USF —I asumió la responsabilidad de preparar la liberación de los detenidos en coordinación con un comité iraquí establecido en cada gobernación a este efecto. Estos

⁸ Estimación de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Ministerio de Salud iraquí sobre los datos de una encuesta realizada en 10.860 hogares en 2007. Para más información, véase The Guardian, 19 de marzo de 2008, en <http://www.guardian.co.uk/world/2008/mar/19/iraq/print>

comités están presididos por el director general de la policía de la gobernación e incluyen a un representante del Ministerio de Derechos Humanos. El DAC emite órdenes de captura o de prisión contra los detenidos sospechosos de perpetrar delitos relacionados con el terrorismo en contra de la legislación antiterrorista introducida en 2005 utilizando la legislación civil iraquí: el Código de Procedimiento Penal de 1971 y sus enmiendas. Después, los detenidos son transferidos a la custodia de las agencias de seguridad iraquíes –como la Unidad Antiterrorista, la Seguridad Nacional y los servicios de Inteligencia– para ser interrogados, tras lo cual pueden ser acusados formalmente y comparecer ante un tribunal o ser puestos en libertad.

A fecha 16 de marzo de 2010, según el Consejo Judicial Supremo iraquí, el DAC había emitido 6.291 órdenes de arresto y 703 órdenes de prisión contra detenidos previamente bajo custodia de las fuerzas estadounidenses⁹. Cuando el SOFA entró en vigor, las fuerzas estadounidenses custodiaban a unos 15.500 detenidos, la mayoría de ellos sin cargos ni juicio y en tres prisiones, Camp Bucca, Camp Cropper y Camp Taji. En febrero de 2010, sólo algo más de un año después, la USF-I había liberado a unos 8.500 de estos detenidos, aunque las autoridades estadounidenses se habían negado a liberar a algunos reclusos a quienes las autoridades iraquíes, el DAC o las autoridades judiciales habían ordenado liberar. A instancias del gobierno iraquí estatuida por las Autoridad Provisional, después de que Camp Cropper pasara a ser controlado por las autoridades iraquíes el 15 de julio de 2011, la USF-I mantiene bajo custodia a unas 200 personas a quienes se considera que representan un grave peligro para la seguridad. Como parte de su proceso de

⁹ CONSEJO JUDICIAL SUPREMO IRAQUÍ, 17 de marzo de 2010. Disponible en la web: <http://www.iraqja.iq/ifm.php?recordID=115> Citado por: AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Nuevos orden, idénticos abusos. Detenciones ilegales y tortura en Irak*. Óp. Cit., p. 9.

reconciliación y de su estrategia para reducir los ataques de los grupos armados y construir un apoyo político más amplio, el gobierno iraquí promulgó la ley de amnistía para liberar a algunos presos y detenidos, que entró en vigor el 27 de febrero de 2008.

La Autoridad Provisional y el amañado gobierno iraquí establecido por ella violaron sistemáticamente el principio 4 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de la ONU (Cuerpo de Principios) establece que toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad. Asimismo han transgredido el principio que 11 establece que nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora por un juez u otra autoridad.

El Consejo de Derechos Humanos ha instado retiradamente a todos los Estados, también en el contexto de las medidas antiterroristas, a respetar y promover el derecho de toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal a ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad. También los ha instado a respetar y promover el derecho de toda persona que sea privada de su libertad en virtud de detención o prisión a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la mayor brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal, de conformidad con las obligaciones internacionales del Estado¹⁰.

¹⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 6/4 sobre la detención arbitraria, 28 de septiembre de 2007, párr. 5. c.

Desde la invasión de Irak liderada por EE.UU. en marzo de 2003, decenas de miles de personas han sido arrestadas y recluidas sin cargos ni juicio por la Fuerza Multinacional, luego denominada USF-I, y sin posibilidad real de impugnar su detención ante un órgano judicial independiente. El Memorando número 3 de la Autoridad Provisional, fechado en junio de 2004, estableció un complicado proceso de revisión para los detenidos en poder de la Fuerza Multinacional. Sin embargo, los procedimientos establecidos en este memorando y en otros que se elaboraron no respetan en la práctica las garantías previstas en el Derecho Internacional para proteger los derechos de las personas detenidas, incluidos los tratados de DDHH en los que son partes tanto EE.UU. como Irak, en particular el PIDCP (*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político*). Entre los derechos humanos conculcados en el proceso se encuentran el derecho de acceso a asesoramiento legal y el derecho a impugnar la legalidad de la detención ante un tribunal independiente.

Las fuerzas estadounidenses detuvieron a sospechosos de forma independiente, sin informar a las autoridades iraquíes y al margen de la legislación nacional iraquí desde el momento de la invasión, en marzo de 2003, hasta principios de enero de 2009, cuando entró en vigor el SOFA. Después, a partir del 1 de enero de 2009, como ya se ha explicado, las fuerzas de EE.UU. debían obtener una orden de detención de las autoridades iraquíes antes de arrestar a una persona o transferir a cualquier detenido a la custodia de las autoridades iraquíes en el plazo de 24 horas. Hasta entonces, desde finales de 2003, las nuevas fuerzas de seguridad y policiales iraquíes, contratadas y formadas principalmente por fuerzas estadounidenses y británicas, llevaron a cabo arrestos y detenciones tanto de forma independiente como en operaciones conjuntas con las fuerzas estadounidenses. La corrupción ha sido un factor significativo que ha influido en la forma de producirse las detenciones. Al parecer, las fuerzas

de seguridad iraquíes han detenido a algunas personas no porque fuesen sospechosas de cometer delitos o representasen una amenaza para la seguridad, sino básicamente para extorsionarlas y obtener dinero de ellas y de sus familias. Con el recrudecimiento de la violencia a partir de marzo de 2003 y en años posteriores, el uso de informantes se generalizó, lo que motivó denuncias según las cuales numerosas personas habían sido detenidas exclusivamente sobre la base de información falsa proporcionada por informantes secretos.

Amnistía Internacional¹¹ ha denunciado muchos casos de personas que han permanecido recluidas sin cargos ni juicio en Irak durante periodos muy prolongados, a menudo de varios años, aunque se desconoce la identidad de otras muchas. Estos casos ilustran una constante profundamente arraigada de abusos graves en la que las violaciones de derechos humanos se han justificado y se justifican en nombre de la seguridad. Sin embargo, como es evidente, la seguridad en Irak sigue siendo precaria, y cada vez lo es más en medio del vacío político originado tras las elecciones de marzo de 2010 y del recrudecimiento de los ataques por parte de grupos armados que eligen como objetivos instalaciones gubernamentales y lugares públicos. La política de encarcelar a personas apoyándose en meras sospechas y denegándoles el acceso a la justicia, en lugar de aliviar esta situación, la ha agravado y ha incrementado las divisiones sectarias y la inseguridad.

Un ejemplo sintomático real de todo lo analizado es el caso de cuatro nacionales iraquíes que habían permanecido recluidos en el centro de detención estadounidense de la Bahía de Guantánamo, Cuba, fueron detenidos inmediatamente por las autoridades de seguridad iraquíes cuando regresaron a Irak el 17 de enero de 2009. Los cuatro habían permanecido varios

¹¹AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Nuevos orden, idénticos abusos. Detenciones ilegales y tortura en Irak*. Óp. Cit., p. 17.

años en la base de Guantánamo después de haber sido arrestados en distintos lugares, bien por fuerzas estadounidenses, bien por otras entidades que luego los entregaron a aquéllas. Tras su retorno a Irak, en un principio un alto funcionario del Ministerio del Interior iraquí negó tener conocimiento de su devolución, pero después el ministro de Justicia la confirmó y anunció que los cuatro iraquíes estaban siendo interrogados por funcionarios de seguridad. Un juez instructor emitió órdenes de detención contra ellos y, el 19 de febrero de 2009, un comité especial creado por el Ministerio de Derechos Humanos para ocuparse de sus casos los visitó en un centro de detención bajo el control de la Unidad Antiterrorista en Bagdad. Al parecer se esperaba que los cuatro se beneficiasen de la Ley de Amnistía de 2008, pero sus órdenes de libertad tienen todavía no han sido ratificadas por la oficina del Primer Ministro y para 2011 continuaban detenidos. En abril de 2009, el gobierno informó a Amnistía Internacional¹² de que el comité especial había emitido cuatro recomendaciones, entre ellas que se permitiese a los detenidos designar abogados de su elección, acceder a asistencia médica y tener contacto con sus familias. A julio de 2010, al parecer los cuatro permanecían reclusos sin juicio en el mismo centro de detención.

Como se ha denotado, las violaciones al DIH y al DIDH no se terminaron con la salida de las tropas de la Fuerza Multinacional, se han mantenido en su cruento nivel bajo el gobierno estatuido por ellas, por su influencia guerrerista y militar de la doctrina anti-terrorista que aquí demuestra su tendencia a propagarse globalmente junto con un ámbito de estado de excepción permanente. El DIH ha demostrado un carácter maleable y quebrantable a manos de las potencias políticas y militares de Occidente.

¹²Ibíd., p. 20.

4 EL DIH Y LA PROPAGACIÓN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN COMO ZONA DE INDISTINCIÓN

El fenómeno del DIH como herramienta maleable y quebrantable por parte del grupo de potencias occidentales (en especial EE.UU. y el Reino Unido) como policía soberana y determinante del derecho a nivel mundial, se presenta desde el último tiempo, luego de los hechos del 9/11, en la coyuntura de un estado de excepción permanente que se propaga de manera global como forma paradigmática y biopolítica de gobierno, donde se presentan relaciones de indistinción entre la política y el derecho, la vida política y la mera vida biológica, la voz y el puro ruido, el derecho y la guerra.

Las intervenciones militares que han llevado a cabo las potencias occidentales en países como Afganistán o Irak, en aras de combatir al terrorismo –desatando reales estados de guerra-, indudablemente son un pretexto formal para legitimar un discurso que, en realidad, no pretende llevar la real libertad y democracia a estas naciones. Este hecho ha llevado a que algunas posturas críticas afirmen que lo que buscan realmente las potencias de Occidente, particularmente EE.UU., es la eliminación del sistema de Derecho Internacional. Una afirmación tal se ejemplifica en la postura de Equipo Nizkor, una organización internacional de defensa de las libertades civiles y de la aplicación del Derecho Internacional. En un artículo de 2003 su director, Gregorio Dionis¹, sostenía acerca de la invasión de Irak que: *“Lo que se busca con esta guerra es contrario a cualquier forma del estado de derecho y las libertades civiles tal cual las conocemos –asevera Dionis-. Se pretende crear una nueva*

¹EQUIPO NIZKOR. *La guerra tiene como finalidad la declaración de un estado de excepción global que desmantele el Sistema de Naciones Unidas.* Información, Dir. Gregorio Dionis, Página web oficial Equipo Nizkor, 22 de marzo de 2003. Disponible en la web: <http://www.derechos.org/nizkor/excep/manif.html>

*categoría de personas que no estaría recogida en el derecho de gentes. Para conseguir todo esto, es necesario revocar la caída del sistema de Naciones Unidas y retrotraer la cuestión a antes de 1928, al momento anterior a la Sociedad de Naciones*².

Y sí, el carácter perpetuo que parece manifestar la cruzada antiterrorista apunta a modificar esencialmente el Estado de derecho, determinando la caracterización jurídico-política de ciertas personas para que no puedan ser protegidas por el Derecho Internacional; no obstante, estos fenómenos no atienden a la destrucción del sistema de las Naciones Unidas o del Derecho Internacional, sino a la manipulación máxima, por parte de las potencias occidentales, de ese sistema y del Derecho Internacional por su carácter de maleable. Las potencias de Occidente no han utilizado sus medios diplomáticos y militares para poner fin a las Naciones Unidas sino para manipularle y declarar un estado de excepción de facto a nivel global que les permita, no suprimirlas normas del Derecho Internacional (muy especialmente el DIH y el DIDH), sino modificarlo y estructurarlo progresivamente a su antojo, ya que les interesa mantener discursivamente la existencia ficcional del Estado de derecho, para legitimar “abiertamente” sus acciones y obtener la aprobación de la misma opinión pública, de la población civil subyugada de sus Estados nacionales, sus contribuyentes de base.

En el CS de la ONU tres de los cinco miembros permanentes (con derecho al veto) son potencias de Occidente (EE.UU., Reino Unido y Francia) y los otros dos no han ejercido, en realidad, una oposición para lograr un equilibrio de poder: China apunta a sus intereses económicos y comerciales expansionistas y Rusia no mantiene una línea definida en su actuar se acomodándose hábilmente según el tema de debate para mantener estables sus relaciones internacionales. Es

²Ibíd.

difícil de sostener que las potencias de Occidente busquen destruir al mismo sistema del derecho de internacional que les ha permitido ampliamente la realización de las intervenciones militares en otras naciones y todas las acciones y consecuencias que de ellas se han derivado. ¿Para qué suprimirían aquel sistema que les permite determinar el derrotero de la jurisdicción internacional en materia de seguridad? ¿Con qué objeto eliminarían ese conjunto jurídico con el que han argumentado y “legitimado” las mismas intervenciones internacionalmente?

Las intervenciones militares de las potencias de Occidente han violado ampliamente lo estipulado en el artículo 33 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de Guerra (Convenio IV) que dice: *"No se castigará a ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido. Están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo"*, y agrega, *"Están prohibidas las medidas de represalia contra las personas protegidas y sus bienes"*. Asimismo han transgredido lo establecido en el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, conocido como Protocolo I, en sus artículos 51 y 52 también relativos a la protección de los civiles y sus bienes. Pero todo ello ha quedado con un puro suceso, algo denunciado – débilmente y- mediáticamente, pero no en los estamentos y niveles pertinentes según la formalidad. Esto es porque el Derecho Internacional, el DIH y el DIDH, fueron estructurados y conformados por las potencias del siglo XX, los vencedores de las guerras, según su albedrío y cálculo, no por los juristas de los Estados emergentes o del Tercer Mundo. Este sistema desde su creación no ha funcionado como plantea su formalidad, ha sido notoriamente instrumentalizado por los Estados –y ahora también grupos de poder no estatales- más poderosos. Las potencias occidentales no destruyen algo que

les es tan funcional, un sistema con una incapacidad sancionatoria que no existe por azar o fallo inconsciente.

En lo que sí estamos de acuerdo aquí, con una postura crítica como la del Equipo Nizkor, es que los intensos ataques militares que identifican a las intervenciones occidentales tienen la finalidad es destruir la infraestructura de la vida en las ciudades para conseguir que la población civil se encuentre física, emocional y psicológicamente exhausta en pocos días. Pero la excepción, más que la destrucción del sistema de Derecho Internacional, es la manipulación y moldeamiento a ultranza de éste cuyas consecuencias son una desestabilización permanente donde se pueda aplicar la ley de la fuerza, cómo solución a los conflictos. Pretenden modificar el sistema Derecho Internacional“[...] *por lo que se denomina "derecho militar clásico" y aplicar la teoría del partisano; desde este planteamiento el derecho de excepción consiste en considerar a la población civil parte del conflicto pero despojándola de los derechos del beligerante y considerando que queda en la total ilegalidad*”³. Como consecuencia no está integrada en ningún sistema normativo de protección de los establecidos por las normas de la guerra. Sólo así se puede considerar la posibilidad militar de destruir la infraestructura de unas ciudades donde viven más de cinco millones de personas en pocos minutos. Esa es la expresión del discurso antiterrorista posterior al 11 de septiembre y que ha llevado a la dimisión al máximo responsable de la lucha antiterrorista en el Consejo Nacional de Seguridad de dominio estadounidense. Irak, Afganistán, Siria, Yemen o Libia han sido sólo pretextos formales.

No es destruyendo, sino moldeando y produciendo asimétricamente el Derecho Internacional, convirtiendo la arrogancia y la impunidad en norma, como las potencias occidentales están instaurando el estado de excepción global;

³EQUIPO NIZKOR. *Ibíd.*

en este fenómeno radica a nuestro análisis, y a sus implicaciones y bases fundamentales atiende nuestra identificación más profunda a partir de la interpretación de Agamben, secundada por la perspectiva de Jean-Claude Paye.

Para un reconocimiento más detallado del estado de excepción es necesario delimitarle conceptualmente diferenciándolo de las denominaciones del estado de sitio, de “plenos poderes” y de los poderes de emergencia, y de referenciar su relación con el derecho. Además es imprescindible reconocer las características que lo presentarían como global luego del 9/11 y las formas que identifican al tipo de sociedad que se estatuye. Estos temas serán aquellos que nos ocuparán en el siguiente aparte.

4.1. El concepto del estado de excepción y su relación con el derecho: la perspectiva de Giorgio Agamben

El estado de sitio es una figura que se origina bajo el paradigma de la extensión del ámbito civil de los poderes que componen a la autoridad militar en situación de guerra para – en su desarrollo- devenir posteriormente en una policía extraordinaria frente a desordenes o sediciones de carácter interno y llegar a significar, finalmente, la suspensión de la constitución, o de las normas constitucionales protectoras de derechos de libertad negativa⁴. Las diferentes variaciones que operan al interior del estado de sitio, en su recorrido histórico terminarían por confluir en el fenómeno jurídico denominado “estado de excepción”. El estado de excepción moderno es una creación, no del absolutismo, sino de la “tradición democrática revolucionaria”. Por otra parte, los “plenos poderes” harían referencia a la ampliación y amplificación de

⁴ PAVLOVICH JIMÉNEZ, Gretty Del Carmen. *El estado de excepción: la tensión entre la política y el derecho*. En: Justicia Juris. Octubre 2008 – Marzo 2009, Vol. 10.

los poderes gubernamentales y, particularmente, al hecho de otorgar al ejecutivo el poder de expedir decretos con fuerza de ley. Es una de las formas de acción del ejecutivo durante el estado de excepción, pero no coincide inexorablemente con éste.

Acerca de los poderes de emergencia debe distinguirse que éstos remiten a la idea de la ruptura del equilibrio y separación de los poderes públicos dentro del estado de excepción, para establecer la prevalencia y superioridad del poder ejecutivo dentro del orden constitucional, que le permita la asunción de medidas dirigidas a sortear el caso extremo. Es por eso que los poderes de emergencia aluden a un conjunto de prerrogativas adscritas al ejecutivo que, derivadas del estado de excepción, obedecen a previsiones de orden constitucional que corren el riesgo de ser transformadas en sistemas totalitarios y absolutistas. Aquí optamos más por la opinión de que el estado de excepción es un concepto que “[...] *parte del sintagma ‘estado de excepción’ y no de términos con los cuales puede tener relaciones, efectivamente así es, pero que no coinciden con él*”⁵.

Ahora, si bien desde una perspectiva de la ciencia política y la filosofía política la institución del estado de excepción ha sido abordada generalmente desde la teoría del Estado, su tratamiento no puede excluir a la perspectiva del derecho, sobre todo cuando se intentan divisar sus límites respecto al orden constitucional de los Estados, o respecto de la protección de los DDHH y el respeto y acatamiento del DIH. Agamben, en su estudio acerca del estado de excepción⁶, realiza un esfuerzo intelectual por construir una teoría del estado de excepción que dé cuenta la manera en que este fenómeno, situado en el límite entre el derecho y la política, el derecho y la guerra, entre la política y la vida, ha ido

⁵Ibíd. p. 55.

⁶AGAMBEN. *Estado de excepción (Homo Sacer II, 1)*. Óp. Cit.

transformándose en un paradigma de gobierno incluso para los regímenes que se presenta como democráticos, amenazando la existencia de los hombres al hacer cada vez más difusa la frontera entre la democracia y el autoritarismo. En aras de una rigurosidad académica, al tratar al estado de excepción, Agamben apunta acertadamente al pensamiento de Schmitt, quien fue uno de los primeros teóricos del Estado y del derecho y quien abordó el estudio del estado de excepción en la misión de demostrar su inserción en el ordenamiento jurídico, exponiendo sus elementos esenciales en *La dictadura* (1921) y planteando una relación con la idea de la soberanía en la *Teología política* (1922).

La ubicación del estado de excepción respecto del derecho ha sido afrontada principalmente por dos corrientes doctrinarias que han intentado encauzarle como problema de raigambre topográfica⁷. La primera de ellas trata de incluir al estado de excepción en el ordenamiento jurídico; la segunda lo concibe por fuera del ámbito del derecho, o sea, como un fenómeno esencialmente político y hasta extrajurídico. Empero, el enfoque topográfico de estas dos corrientes resulta insuficiente para conceptualizar el estado de excepción, ya que en su argumentación no responden de manera satisfactoria a inquietudes que se derivan de cada una de las mismas. Así, por un lado, si el estado de excepción es una suspensión parcial o total del ordenamiento jurídico, “¿Cómo puede articularse tal suspensión al orden jurídico?, ¿Cómo puede esta anomia inscribirse en el orden legal? En el otro cauce, si el estado de excepción es un hecho o fenómeno político externo al ordenamiento jurídico, ¿Cómo puede el derecho regularlo?, ¿Cómo es posible que el ordenamiento jurídico contenga una laguna precisamente en lo atinente a la

⁷PAVLOVICH JIMÉNEZ, Óp. Cit., p. 48.

*situación que lo determina? ¿Cuál es el sentido de esta laguna?*⁸

La cuestión topográfica deviene más problemática y compleja teniendo en cuenta la teoría de Schmitt, debido a que si bien participa de los elementos constitutivos de la segunda corriente doctrinaria, la desborda por un lado, al plantear el criterio definitorio del caso de excepción extrema en la decisión el soberano, éste decide si existe el caso de excepción extrema y también lo que ha de hacerse para remediarle. Se ubica fuera del orden jurídico normal y con todo forma parte de él, porque le corresponde la decisión de si la constitución puede suspenderse del todo y, por el otro flanco, al reflexionar sobre la existencia de límites al mismo ordenamiento jurídico frente al caso excepcional, ya que sostiene que las condiciones y el contenido de la competencia frente al mismo son necesariamente ilimitados⁹. Sin embargo, el mérito de la teoría de Schmitt estriba en un esfuerzo por permitir la articulación del estado de excepción al ordenamiento jurídico, rechazando de entrada cualquier sinonimia con la anarquía o el caos. Afirma que aun siendo el estado de excepción la manifestación de la anormalidad extrema al interior del Estado, que lleva a la suspensión del derecho, en él existe un orden aunque el mismo no ostente un carácter jurídico. En el núcleo y en el fin de esta teoría yace una compleja argumentación, erigida a partir de la figura de la dictadura que incorpora el estado de sitio como estado de excepción, pero con referencia a la suspensión del derecho en concreto, para ulteriormente centrar la atención en la distinción entre la dictadura comisarial y la dictadura soberana marco dentro del cual el Estado amplifica o disminuye la tensión con el ordenamiento jurídico, pero siempre vinculado con él. En la dictadura comisarial se da una suspensión

⁸Ibíd. p. 49.

⁹ SCHMITT, Carl. *Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía*. Texto seleccionado por Orestes Aguilar Héctor en: *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 24.

concreta de la constitución en su aplicación para conservar su existencia, acudiendo al dispositivo de la diferenciación entre las normas del derecho y las normas de realización del derecho para posibilitar una inserción del estado de excepción en el ordenamiento jurídico, la oposición entre la norma y su aplicación concreta sirve a Schmitt para construir el artificio según el cual la norma puede ser suspendida, sin que ello signifique la pérdida de su vigor. La inaplicación de la norma deriva de la valoración de las circunstancias concretas por parte del comisario-dictador, quien sólo puede ejercer sus funciones por un tiempo determinado, de acuerdo con los lineamientos previamente establecidos en el ordenamiento jurídico, y con el único propósito de restaurar el *statu quo* controvertido por los hechos anormales. La oposición en comento con la cual señala Schmitt la existencia de fisuras en el cuerpo del derecho, son en realidad una formulación sutil porque entre la norma y su aplicación siempre se registra correspondencias y oposiciones, que, a su vez, aluden al problema de la eficacia de la norma jurídica.

En la dictadura soberana, al contrario, se inaplica la constitución vigente para crear un estado de cosas que haga posible la imposición de una nueva constitución, siendo el dispositivo usado la diferenciación entre poder constituyente y poder constituido, en donde en la expresión de ese poder constituyente, el soberano-dictador goza de poderes irrestrictos o ilimitados para confrontar los hechos anómalos, sin que para ello deba restablecer el estado de cosas a su situación previa., ya que él puede, incluso, constituir un nuevo orden. En la *Teología política* pareciera que Schmitt abandona la figura del dictador-comisario, en el que la normalidad es la regla y la anormalidad la excepción, para proponer un enfoque nuevo en el cual la soberanía, gracias a su estrecha relación con el estado de excepción, se convierte en expresión de la anormalidad. Entonces, la excepción lejos de ser un evento esporádico, se convierte en expresión pura y ordinaria de lo

político y su inserción en el ámbito del derecho tiene lugar a partir de la distinción entre la norma y la decisión. En la doctrina de Schmitt el estado de excepción puede definirse, en palabras de Agamben, “[...] *como el lugar en que la oposición entre la norma y su aplicación alcanza su máxima intensidad. Es un campo de tensiones jurídicas, en el que un mínimo de vigencia formal coincide con un máximo de aplicación real y viceversa. Pero también en esta zona extrema, e incluso precisamente en virtud de ella, los dos elementos del derecho muestran su íntima cohesión*”¹⁰.

La inserción del estado de excepción en el ámbito de lo jurídico para Agamben ha dado lugar a su concepto biopolítico, en el que se hace evidente cómo se relacionan el derecho y la vida bajo el estado de excepción. Este fenómeno es definido como “[...] *la estructura original en la que el derecho incluye en sí al viviente con derecho y, al mismo tiempo le abandona a él*”¹¹. De manera que la teoría del estado de excepción deviene en una condición preliminar para definir esa relación entre viviente –como sujeto sin esencia política sino sólo biológica- y derecho, que aún se hace más manifiesta luego del 9/11. Agamben afirma que concepto que él plantea sobre el estado de excepción se hace evidente en la *Military Order* promulgada por el gobierno de G.W. Bush-en consonancia con la *USA Patriot act* de 2001-, en la cual se autoriza la detención indefinida y el procesamiento por una comisión militar de no-ciudadanos sospechosos de estar implicados en actividades terroristas. La condición de tales detenidos y su estatus de no-ciudadanos, queda suspendida en un espacio de indeterminación y sustrae, a quienes han sido objeto de la medida, de la ley de control judicial en tanto no son ciudadanos; así tampoco pueden ser protegidos por el DIH en tanto se les presenta como terroristas combatientes. No obstante, esta articulación que el estado de excepción

¹⁰AGAMBEN. *Estado de excepción (Homo Sacer II, 1)*. Óp. Cit., p. 57.

¹¹ *Ibíd.* p. 12.

instituye entre el derecho y la vida es una ficción, ya que, de lo contrario, el derecho quedaría ineluctablemente encerrado en la misión de conferirles forma legal a hechos que se explican en el plano de lo político y atentan contra la vida misma, más allá de cualquier consideración ética o moral. Se evidencia al derecho en una no-relación con la vida y la vida en una no-relación con el derecho significa abrir entre el uno y la otra un espacio por esa acción humana, que otrora se reclamaba con la denominación de “política”. La política ha padecido un eclipse duradero porque ha sido “contaminada” por el derecho, y se ha concebido a sí misma como el poder constituyente (violencia que establece derecho), cuando realmente no se reduce meramente a poder negociar con el derecho; política es sólo la acción que corta el nexo entre la violencia y el derecho, la praxis humanas que las potencias del derecho y del mito habían tratado de cooptar en el estado de excepción¹², tarea que las potencias occidentales de hoy han ido logrando con eficiencia. La insuficiencia de la oposición topográfica para definir al estado de excepción conlleva a Agamben a proponer una aproximación conceptual creativa e interesante que ofrece la posibilidad de una suerte de tercera corriente doctrinaria en la cual se destaca la importancia de establecer el lugar fundamental que le corresponde: el estado de excepción no es ni exterior ni interior al ordenamiento jurídico y el problema de su definición se refiere propiamente a un umbral, o zona de indiferencia, en que dentro y fuera no se excluyen, sino que se indeterminan. La suspensión de la norma no significa su abolición y la zona de anomia que instaura no está (o por lo menos pretende no estar) exenta de relación con el orden jurídico.

Este referente indicaría que los límites hasta donde podría llegar el estado de excepción le ubican en las fronteras entre

¹²AGAMBEN. *Estado de excepción (Homo Sacer II, 1)*. Óp. Cit., p.128 y 129.

la política y el derecho, el derecho y la guerra, el derecho y la vida, entre la vida con sentido político o aquella con mera esencia biológica y, si se quiere, entre la democracia y el autoritarismo-absolutismo. La consideración del estado de excepción como un hecho fundamentalmente político vinculado al ordenamiento jurídico, sugiere una manifiesta relación entre la política y el derecho. Esta relación mostraría señales de incongruencia, debido a que, por una parte la declaración del estado de excepción generalmente obedece a momentos de crisis política y se trata en el ámbito de lo político y constitucional, pero, por otro lado, termina siendo objeto de procedimientos jurídicos que no pueden ser entendidos en el mismo ámbito jurídico. El estado de excepción deviene como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal, por ser estrictamente político. Para Schmitt la relación entre derecho y política se plantea inmiscuida en fuertes tensiones y emerger con singular claridad cuando sostiene que frente al estado de excepción se requiere la suspensión del orden vigente en su totalidad sin que ello comporte una invitación a la anarquía o al caos porque subsiste un sentido de orden jurídico, aunque no se trate de un orden jurídico como tal¹³. Según esta reflexión se aprecia que el estado de excepción en este contexto tiene profundas repercusiones en el concepto de lo político. El estado de excepción pareciera ser particularmente propenso a acoger la tesis implícita de la definición de Schmitt de que lo político consistiría en afirmar que no existe un principio u orden universal capaz de suprimir el conflicto y que ello tiene como consecuencia que ningún espacio de la sociedad pueda escapar de la relación amigo-enemigo. La política concebida de esta manera remite a la idea del conflicto antes que a la del consenso.

¹³ SCHMITT, CARL. *Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía*. Citado por: ORESTES AGUILAR, Héctor. *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 27.

Agamben sostiene que “[...] *el estado de excepción es una tierra de nadie es una tierra de nadie entre el derecho público y el hecho político*”¹⁴. Acude a la figura del *ius Gentium* de los romanos para significar que el estado de excepción indica a una zona de indeterminación ubicada entre el derecho y la política. A ese planteamiento de Agamben cabría asociársele, desde el objeto de nuestro estudio, que esa tierra que él califica de “nadie”, se pone de manifiesto, luego del 9/11, la emergencia de un poder de las potencias de Occidente, encabezadas por EE.UU., que despliega un repertorio de competencias legislativas y políticas, dentro de las que se encuentra el DIH, que le imprimen a su accionar el ánimo de cómo un conjunto de gobiernos que responden a interese de grupos de poder financieros e industriales, e instrumentalizan el Estado para el establecimiento un poder político, económico e ideológico hegemónico de carácter global.

El estado de excepción se relaciona con situaciones extremas que amenazan y vulneran la seguridad y el orden públicos. Y para complejizar su observancia, también se halla íntimamente ligado a la guerra civil, la resistencia y la insurrección¹⁵ y, de en nuestra contemporaneidad, al terrorismo, ya que luego de los sucesos del 9/11, a raíz del atentado a las Torres gemelas y al Pentágono de los Estados Unidos se generó una lucha global contra el terrorismo dando lugar a la emergencia de un derecho consuetudinario instantáneo, desarrollado a partir de prácticas o usos internacionales, de los Estados básicamente, contra el “terrorismo internacional de masa”¹⁶, que tienen como referente la Convención Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, que entró en vigor el 23 de mayo de 2001, y la Convención para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999. Así,

¹⁴ AGAMBEN. *Estado de excepción (Homo Sacer II, 1)*. Óp. Cit., p. 10.

¹⁵ *Ibid.*, p. 10.

¹⁶ PAVLOVICH JIMÉNEZ, Óp. Cit., p. 52.

pese al tiempo transcurrido desde 1972 cuando la ONU ubicó al terrorismo como un asunto prioritario para la agenda de esa organización internacional por constituir un peligro para la paz y seguridad mundiales, y urgió la adopción concertada de una definición, no fue sino con el ataque terrorista a los Estados Unidos cuando surge la definición de “terrorismo internacional de masa” y se da al fragor de los acontecimientos y de las demandas crecientes de seguridad de las potencias de Occidente.

En Agamben las relaciones que el estado de excepción mantiene con la guerra civil, la resistencia y la insurrección, representa un aspecto problemático en la definición de este fenómeno. En lo atinente a su relación con la guerra civil, el asunto se torna confuso: *“Puesto que la guerra civil es lo opuesto al estado normal, se sitúa en una situación de indiscernibilidad con respecto al estado de excepción, que es la respuesta inmediata del poder estatal a los conflictos internos más extremos”*¹⁷. Pareciera que el estado de excepción no fuera de por sí anormal sino las situaciones de las cuales éste podría derivarse como conflictos internos extremos, entre los cuales la guerra civil es la más representativa; conflictos que ahora se definen como intermésticos, ya que la frontera entre los conflictos internos y los conflictos externos se presenta como de difícil determinación, en busca de la legitimación de las tendencias intervencionistas militares, que se asocia a la idea a que los conflictos internos siempre tienen una gran posibilidad de devenir en internacionales, por lo que se opta por la acción preventiva.

En la insurrección la anormalidad es también evidente y conlleva el despliegue de la violencia en contra del Estado por razones de carácter ideológico, que denotan rechazo a la forma como se ejerce el poder o a medidas adoptadas por

¹⁷AGAMBEN. *Estado de excepción (Homo Sacer II, 1)*. Óp. Cit., p. 22 y 23.

éste que tienen injerencia en el ordenamiento jurídico, en términos de suspensión parcial o total del derecho, para conjurar el levantamiento. A esta relación entre el estado de excepción y la insurrección le asiste el problema de pretender insertar en el ámbito de lo jurídico aquello que se corresponde con el ámbito ideológico-político. En lo concerniente al terrorismo, originalmente existían dos planos posibles en los cuales esta conducta se tipificaba como delito: el plano interno y el plano internacional¹⁸. En el plano interno, remitiría al Código Penal (o legislación penal) de los Estados que, como en el caso de los Estados Unidos define el terrorismo como violencia premeditada y políticamente motivada contra objetivos no combatientes, cometidos por grupos internacionales o actores clandestinos, habitualmente pensados para influir en un público. En el plano internacional, remitiría a los intentos de la Comunidad Internacional, representada en organizaciones internacionales tales como la ONU y el CICR, por definir de manera supuestamente juiciosa, concertada y reflexiva el terrorismo, con la adopción de instrumentos jurídicos multilaterales dirigidos a reprimir prácticas ligadas al mismo.(colocación de bombas, financiación de actividades terroristas, por ejemplo), aunque todos estos intentos se han visto limitados (frustrados) con la emergencia del derecho consuetudinario instantáneo que está construyendo la noción de “terrorismo internacional de masa”, bajo los efectos del 9/11, y a instancias de las prácticas de los Estados potencias de Occidente que, en observancia del binomio seguridad/defensa, agencian prácticas intervencionistas en cualquier parte del mundo donde estimen unilateralmente que, en su papel de policía mundial soberana y auto-afirmada, existe una amenaza terrorista.

La situación se torna aún más delicada y problemática cuando so pretexto de luchar contra grupos terroristas o contra

¹⁸ PAVLOVICH JIMÉNEZ, Óp. Cit., p. 52.

Estados calificados de terroristas por los Estados que son potencias de Occidente, se puedan estar encubriendo políticas hegemónicas, motivadas por el interés de eliminar adversarios políticos, apropiarse de recursos naturales renovables y no renovables, acrecentar el poder en zonas consideradas estratégicas por sus condiciones geopolíticas, que no solo vulneran principios y reglas esenciales del DIH, del mismo DIP y del DIDH, sino normas de *ius cogens*, como la prohibición de la guerra preventiva, que es ahora la medida más utilizada desde la doctrina de seguridad imperante en el estado de excepción permanente. Entonces, no sería extraño que hoy un Movimiento de Liberación Nacional pueda ser considerado como terrorista y justificar en su contra el uso de la fuerza armada o que una protesta popular contra determinada política de gobierno pueda ser calificada de terrorista. Frente al horror del terrorismo y sus “nefastas consecuencias para los Estados” –mejor decir gobernantes y grupos de poder dominantes-, se han adoptado medidas en las que los DDHH tienden a ser acotados, en particular los de carácter individual, en favor de la seguridad pública que puede procurar el Estado, aunque en ello se corre el riesgo de “autoritarismos democráticos”. El terrorismo es el instrumento de perdición de la democracia liberal, la asedia y la deforma aun cuando ese terrorismo resulte derrotado.

En una era del terror, de una sociedad del miedo y el espectáculo y del consumismo desaforado, se requiere aún de la figura del Estado de derecho como ficción ideológica y figurativo-jurídica que continúe amparando las medidas intervencionistas, la financiarización de la vida bajo soberanía estatal y la supresión de la vida política y comunicativa de algunos sujetos y alternativas no deseables para el sistema. Cuando al estado de excepción tiende a convertirse en regla, en contexto normal, como paradigma de gobierno, las instituciones y los inestables equilibrios de los sistemas democráticos ven amenazado su funcionamiento hasta el punto de que lo que tajantemente se conocía como la

distancia entre la democracia y el autoritarismo-absolutismo tienda a difuminarse en la realidad. En la teoría de Schmitt sobre el estado de excepción, la tensión entre la democracia y el absolutismo es explícita en la afirmación del soberano como quien decide la excepción. Con la calificación de lo anormal por parte del soberano los poderes de los cuales resulta investido se sobrepone al detentado por cualquier otra autoridad. El soberano y el Estado se hacen una unidad, cuya autoconservación sólo es posible a partir de las atribuciones ilimitadas del soberano, encarnando al Estado, puede suspender el derecho vigente. Se confirma con la tensión entre un estado de excepción constitutivo y otro de carácter declarativo, aunque la misma se predica más propiamente del estado de sitio, como figura incorporada en la dictadura. El problema de los límites a los poderes del ejecutivo bajo el estado de excepción gravita en torno de la tensión entre democracia y autoritarismo, siendo los DDHH, el DIH y la seguridad, los extremos entre los cuales parecen oscilar estas dos formas de régimen.

Frente al estado de excepción es difícil negar que el poder ejecutivo –aún en los regímenes proclamados como democráticos–evidencie una tendencia a ampliarse con la asunción de competencias legislativas que, en “períodos normales”, son propias del órgano legislativo. Es en el fortalecimiento del poder ejecutivo bajo el estado de excepción que se corre el riesgo de formas de gobierno autocrático, en las que la declaratoria del estado de excepción y las medidas adoptadas excluyen el procedimiento de revisión contradictoria, abierto y transparente¹⁹. En esta coyuntura los DDHH humanos “[...] *han sido usados por las potencias occidentales como una forma de política que debe hacer compatibles los fines morales que ellos implantan con*

¹⁹ IGNATIEFF, Michael. *El mal menor. Ética política en una era de terror*. Taurus, Madrid, 2005, p. 27.

*las situaciones particulares y debe estar lista para hacer dolorosas concesiones no sólo entre fines y medios, sino entre los propios fines*²⁰. Frente al terrorismo se ha desatado una reacción neoconservadora que tiende a alterar el régimen mismo de la democracia liberal, basada en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, para reemplazarlo por un Estado autoritario.

El estado de excepción se corresponde conceptualmente con ser una laguna del derecho, no se traducen en que el ordenamiento jurídico carezca de solución normativa frente a casos concretos, donde se pone en evidencia no sólo la deficiencia del derecho, sino la labor interpretativa y argumentativa de los jueces a la hora de fallar. Al contrario, éste es un fenómeno de suspensión del derecho frente al caso extremos, de inaplicación de normas jurídicas aun cuando conservan su vigencia. El estado de excepción es una franja intermedia entre la norma y su aplicación, en que ésta se reconoce en su fuerza vinculante, pero se hace inobservable para preservar su existencia: *“Es como si el derecho contuviera una fractura esencial que se sitúa entre el establecimiento de la norma y su aplicación y que en el caso extremo, solo puede componerse por medio del estado de excepción, es decir creando una zona en que la aplicación es suspendida, pero la ley permanece, como tal, en vigor*²¹. Esta anomia creada artificialmente sirve para explicar por qué el estado de excepción, estando vinculado al ordenamiento jurídico –no es estado de naturaleza, anarquía o caos-, suspende al derecho y sin embargo, lo reconoce al inaplica normas y generar otras a través de los poderes de emergencia.

²⁰IGNATIEFF, M. *Los derechos humanos como política e idolatría*. Barcelona, Paidós, 2003, p. 48.

²¹ AGAMBEN. *Estado de excepción (Homo Sacer II, 1)*. Óp. Cit., p. 49.

Precisamente el estado de excepción posibilita que el poder ejecutivo expida actos que sin ser leyes tengan “fuerza de ley”. Pero, adicionalmente, pone de manifiesto una situación de la ley sin “fuerza” porque el estado de excepción inaplica la ley, manteniéndola vigente. Esta situación de fuerza de ley sin ley y de fuerza de ley sin fuerza es una indeterminación propia del estado de excepción frente al caso extremo, que profundiza el sentido de la anomia como ficción puesto que el estado de excepción para funcionar e, incluso, ser objeto de control requiere de su inserción en el ordenamiento jurídico. Cuando se plantea la cuestión sobre el fundamento del estado de estado de excepción la respuesta más generalizada se relaciona con la necesidad (o el estado de necesidad) con la cual se plantea, además, la existencia entre ésta y la ley (el derecho); la necesidad no tendría ley (*necitas legem non habet*). Esta expresión comprende, para Agamben, dos sentidos: uno que sostiene que la necesidad no reconoce ley alguna, y otro que argumenta que la necesidad crea ley.

En la edad moderna, es donde el estado de necesidad se inserta en el ordenamiento jurídico como un verdadero estatus de la ley, en el cual la expresión *necitas legem non habet* deja de ser la situación concreta en la que la ley pierde su *vis obligan* (aplicabilidad) para convertirse en el fundamento último y la fuente misma de la ley; sólo entonces el estado de necesidad se constituiría. En las perspectivas teóricas tratadas, el estado de excepción, fundamentado en el estado de necesidad, deviene “[...] *como una zona ambigua e incierta, donde procedimientos de hecho, extra o antijurídicos en sí mismos, se convierten en derecho y en donde las normas jurídicas se indeterminan en un mero hecho; un umbral, pues, en que hecho y derecho se hacen indecibles*”²². Empero, este esfuerzo del pensamiento moderno por fundamentar el estado de excepción en la

²² AGAMBEN. *Estado de excepción (Homo Sacer II, 1)*. Óp. Cit., p.46.

necesidad, se encuentra con obstáculos fuertes que terminan develando el carácter netamente subjetivo de la necesidad y admitiendo que sólo son objetivas las circunstancias necesarias y excepcionales bajo el estado de excepción. De manera que, como cree Agamben²³, la necesidad se reduce a la decisión y aquello acerca de lo que se decide es un indecible entre hecho y derecho.

La insuficiencia e inconsistencias de las teorías que radican el fundamento del estado de excepción en el estado de necesidad, llevan a Agamben a investigar más a fondo el fenómeno, encontrando que en el derecho público romano existe una figura que sirve de referente genealógico al estado de excepción: el *iustitium*. Este tenía cabida cuando el senado, habiendo declarado el *tumultus*²⁴, hacía un llamado a determinados funcionarios (como a los cónsules, en algunos casos, al pretor y a los tribunos del pueblo) y, en últimas, a los ciudadanos romanos con el propósito de que adoptaran las medidas que consideraran necesarias para salvar al Estado del *tumultus* y, por supuesto, que las consecuencias que podrían derivarse de éste. De ahí, que los ciudadanos y los magistrados pudieran actuar sin las limitaciones impuestas por la ley. Ellos no cumplen o vulneran las normas porque simplemente no hay derecho. Las acciones que se emprendan bajo el mismo son ajenas al ámbito del derecho. Es en este sentido, el de un estado kenomático (de exclusión) del derecho en que el estado de excepción se asimila al *iustitium*²⁵. La fundamentación del estado de excepción en el *iustitium* conduce a unas precisiones adicionales que permiten entender la significación y alcances del estado de excepción: el estado de excepción no se asimila a dictadura

²³ *Ibíd.* p. 47.

²⁴ Expresión que deriva del latín y con la cual se quiere significar la situación de emergencia originada en Roma por una guerra exterior, guerra civil o insurrección, que, como tal, es expresión de formas de alteración de la paz y el orden públicos.

²⁵ AGAMBEN. *Estado de excepción (Homo Sacer II, 1)*. Óp.Cit., p.63-77.

(constitucional o inconstitucional, comisarial o soberana) sin desconocer que su uso recurrente puede difuminar las fronteras entre la democracia y el absolutismo- es un estado de anomia en que todas los aspectos jurídicos –y sobre todo la distinción entre lo público y lo privado- son suspendidas; el derecho debe buscar medios de conexión con esta anomia que le permita hacerla objeto de controles; los actos proferidos durante esta anomia caen en el plano de una indeterminación jurídica que de alguna manera permiten calificarlos de actos con fuerza de ley sin ley (fuerza de ley) y de actos ante los que la ley carece de fuerza.

El pensamiento liberal moderno, del Estado-nación de derecho, realizó grandes esfuerzos por escindir la normalidad de la anormalidad, sobre la base del reconocimiento y el enfrentamiento de la tensión existente entre la ley y la necesidad *“La necesidad en el pensamiento liberal moderno se consideró como el origen y fundamento del estado de excepción, ligado a la existencia de situaciones o circunstancias frente a las cuales se registraba una ruptura de la normalidad que hacían necesario, precisamente, la asunción de la excepción y su tratamiento con un desplazamiento de competencias legislativas del parlamento o asamblea legislativa al ejecutivo”*²⁶.

Era innegable para el pensamiento liberal moderno que había situaciones de necesidad que desbordan el normal funcionamiento del Estado frente a las cuales se impone la excepcionalidad y sus poderes de emergencia. Ello sin dejar de mantener encendidas las alarmas por los desmanes en los que se podía incurrir, y que, efectivamente, se dieron y se siguen dando, aunque en contextos históricos, político-ideológicos, jurídicos y sociales distintos. Los teóricos liberales modernos aunaron esfuerzos por separar la

²⁶ PAVLOVICH JIMÉNEZ, Óp. Cit., p. 60.

emergencia de la no emergencia, en aras de evitar que la anormalidad se convirtiera en la “normalidad” y socavara los cimientos sobre los cuales se erigía el Estado de derecho. No obstante, la tensión entre normalidad/anormalidad, emergencia/no emergencia ha estado presente en la historia del constitucionalismo no sólo moderno sino contemporáneo, aún en el marco de nuevas configuraciones estatales y de nuevos dispositivos jurídico-constitucionales dirigidos a controlar el estado de excepción.

El pensamiento schmittiano en torno a la excepcionalidad ha cobrado particular interés para el debate constitucional sobre ¿cómo pacificar a la sociedad sin violentar los derechos humanos y respetando DIH?, máxime cuando se registra en los Estados contemporáneos, incluidos los llamados democráticos, la instauración persistente y permanente del estado de excepción. Es más, tiende a presentarse como “[...] *el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea. Esta conversión de una medida provisional y excepcional en técnica de gobierno supone la amenaza de transformar radicalmente-y de hecho la ha transformado sensiblemente-la estructura y el sentido de las distinciones tradicionales de las distinciones entre las formas de constitución*”²⁷. En el mismo sentido, se puede afirmar que a instancias de la apelación sistemática al estado de excepción se ha venido produciendo una normalización de la excepción, vertida fuertemente por las potencias de Occidente a través de todos los mecanismos de los medios de comunicación, que es percibida y reconocida no sólo por los operadores jurídicos sino por el mismo ciudadano común.

Así también la frontera entre el derecho y la guerra se torna confusa. Es en el estado de excepción donde la relación amigo-enemigo, que en Schmitt identifica el concepto de lo político, cobra un valor inusitado. La lógica amigo-enemigo ha

²⁷ AGAMBEN. *Estado de excepción (Homo Sacer II, 1)*. Óp. Cit., 11.

invadido la interpretación jurídica. La sociedad tiende a polarizarse a instancias no sólo de la dinámica de las situaciones generadoras de las crisis sino de las medidas adoptadas por el gobierno, de cuyo respaldo, rechazo o indiferencia dependerá la calificación de amigo o enemigo. La sustitución del delincuente por el enemigo terrorista, del derecho por la guerra, conduce al conflicto a una situación pre-contractual de lucha de todos contra todos, en la cual cada contendor crea sus propias reglas. El estado de excepción como violencia institucionalizada en el Estado y para el Estado (o grupo de Estados potencia), termina siendo instrumentalizado como mecanismo para la eliminación del adversario político, degradándose, aún más, en una “guerra sucia”. Además se presenta la confusión entre la guerra y la política. La guerra tiende a convertirse en un fin en sí misma, de manera que la política es convertida en un medio para hacer la guerra: para servir a ella como fin. Así, la guerra se reafirma en la formulación de von Clausewitz como la continuidad de la política por otros medios, y la política como un simple instrumento desprovisto de valor por sí mismo. Sería más conveniente reivindicar otras acepciones de la política como: “[...] *política es sólo la acción humana que corta el nexo entre violencia y derecho*”²⁸. Además ha de encontrarse su sentido en la reafirmación de la vida en sociedad, en relación con el “otro”, y sobre la base de generar consensos que desactiven o hagan manejable el conflicto, en contextos de pluralidad y libertad.

La asunción de la anormalidad como regla ha generado una “cultura de la excepcionalidad”²⁹, en la cual la apelación sistemática al estado de excepción se ha convertido en un “paradigma de gobierno”, que hace cada vez más difusa la frontera entre democracia y autoritarismo, derecho y guerra,

²⁸ *Ibíd.*, p. 128.

²⁹ PAVLOVICH JIMÉNEZ, *Óp. Cit.*, p. 63.

política y guerra, con el consiguiente perjuicio para los derechos humanos. La tensión entre los DDHH y la doctrina de la seguridad preventiva sólo tiene relevancia para los regímenes democráticos en los cuales los pretendidos límites al poder, a la autoridad, tanto en tiempos de normalidad como de anormalidad- remiten a la consagración de distintos dispositivos jurídicos de rango constitucional. Dentro de tales dispositivos se destacan los DDHH positivados en el orden jurídico interno de los Estados. Pero, la función que intentaron cumplir los DDHH y el DIH, de ser límites al poder de acción u omisión inicialmente de los estados y, más recientemente, de otros centros de poder privado o supraestatal, sin dudas sucumbió y fracasó frente al poder y la ávida expansión geopolítica y geoeconómica de las potencias occidentales. En el centro de esta tensión existe un debate constitucional que se plantea en torno a cómo en un régimen democrático la demanda ciudadana de seguridad se inscribe en un discurso normativo de “límites a los límites” impuestos a los DDHH y al DIH en un estado de excepción permanente y global.

4.1.1. A propósito del carácter global y permanente del estado de excepción como medida frente al terrorismo

El sociólogo belga Jean Claude Paye, quien ha hecho una acertada lectura crítica de teóricos del estado de excepción (incluyendo a Giorgio Agamben), aporta *un reconocimiento profundo de los caracteres que definen al estado de excepción permanente –ya planteado por Agamben como paradigma de gobierno- también como un fenómeno que tiende a ser global*³⁰.

Paye basa su análisis en una fenomenología de las transformaciones de la política, donde ésta no se encuentra en un nivel separado de la organización de las relaciones

³⁰PAYE, Jean Claude. *Global War on Liberty*. Translated by James H. Membrez, New York, Telos Press, 2007.

sociales de producción y que evidencia el mundo globalizado. *El estado de excepción que impera en la doctrina de la guerra antiterrorista propulsada por el gobierno de EE.UU. se ha planteado como un estado de emergencia en el largo plazo. Ha surgido como un nuevo tipo de sistema político que argumenta su propia legitimidad en la defensa de la democracia, los DDHH y el respeto al DIH. El ciudadano – hasta el mismo estadounidense- debe estar dispuesto ahora a renunciar a sus libertades concretas durante un largo período de tiempo –que se hace interminable- con el fin de mantener un orden democrático autoproclamado y abstracto*³¹.

*La aparición de un estado de excepción permanente, que se había expuesto inicialmente por las potencias como suspensiones aisladas y temporales de derecho, ha recrudecido sus abusos de autoridad y sus restricciones a la libertad en las sociedades occidentales luego del 9/11. Con Paye se denota una crítica apoyada fundamentalmente en el cuestionamiento de la forma de Estado democrático que sustentan las potencias occidentales y de la transformación de sus sistemas liberales de gobierno constitucional en órdenes de seguridad policial y militar de hecho, que se habían iniciado ya antes de los acontecimientos del 9/11*³².

Las más recientes leyes contra el terrorismo en los EE.UU., Gran Bretaña y la UE, que pretenden impedir la consolidación de ciertos grupos de personas ubicados por fuera de la ley (terroristas, combatientes enemigos, pasajeros de avión sospechosos); la creación de procesos excepcionales de contención, detención e interrogatorio por las agencias

³¹ *Ibíd.*, 2.

³² DEBRIX, François. *The Permanent State of Exception and the Dismantling of the Law: Jean-Claude Paye's Global War on Liberty*. Telos Press [En línea], julio 16 de 2007. Disponible en la web: <http://www.telospress.com/dictatorship-or-permanent-state-of-exceptionpart-2/>

gubernamentales, un régimen continuo e intensificado por la vigilancia policial en el interior de las sociedades occidentales. Todos éstos son hechos sintomáticos del lanzamiento, por el Estado estadounidense, de una guerra global contra el terrorismo. En la interpretación de Paye –en consonancia con la de Agamben- el estado de excepción se vislumbra como creación de las leyes de emergencia y de otras decisiones y acciones en las sociedades occidentales que son extra-constitucionales, elementos que han dado origen a la posibilidad de la permanencia de estado de excepción, siendo ellos punto de partida para nuevos tipos de prácticas de normalización y formas de pensar que hacen parte del desarrollo de un dominio post-constitucional del poder, la gobernanza, la vigilancia y control. Si se quieren oponer resistencias –a este nuevo régimen de disciplinamiento y a la supresión de las libertades individuales-, estos desafíos y sus defensores deben fundarse en la capacidad de saber a qué realmente se enfrentan, no sólo asumiendo instrumentos anteriores de crítica social y política sino también trabajando cotidianamente contra las medidas políticas y jurídicas que se imponen y aplican. Se debe aprehender que una profunda crítica al sistema estadounidense post-9/11, de regulación del terror y la inseguridad, debe tener en cuenta que éste es un fenómeno que se está visualizando como un paradigma que se reproduce por las demás potencias occidentales, y por los Estados que quieren ser aceptados en el sistema mundial en tanto sean reconocidos como democráticos por el poder hegemónico. Algunos modelos nacionales de gobernanza europea asumen también una excepcionalidad permanente socio-política (es el caso particular de Francia y Gran Bretaña), de ideas, principios y aplicaciones sobre la vigilancia, el trabajo policial y las detenciones sumarias; que se venían desarrollando aún antes del 9/11³³.

³³ PAYE, Jean Claude. *Global War on Liberty*. Óp. Cit., p. 87 y 170.

Paye basa su análisis crítico precisamente en un estudio de casos nacionales y regionales, enfatizando en las nuevas leyes, las decisiones ejecutivas y directivas, las acciones y sus explicaciones “oficiales”, emprendidas por diversos organismos gubernamentales de las potencias occidentales (de policía, militares, agencias de inteligencia) y que se producen en el contexto de la guerra global contra el terrorismo.

El imperio de la ley se convierte cada vez más en formal, no sólo por su contenido, la protección de la vida privada y la defensa de las libertades individuales y públicas resulta ser muy limitada, sino también por la posibilidad práctica que ofrece al poder ejecutivo para liberarse por completo de las últimas garantías del ordenamiento jurídico; el fortalecimiento de la relación ejecutivo a los otros poderes hace posible la suspensión general y permanente de la ley³⁴. Es el instrumento para la creación de un estado de excepción que evidencia una fuerza legal/constitucional implementada en la mayoría de las democracias occidentales que no se trata de una suspensión temporal de la ley –una que podría garantizar la preservación de los principios democráticos que existen en EE.UU., Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Italia o la Unión Europea en general- sino que es, mejor, una supresión de los sistemas jurídicos y judiciales democráticos y de los derechos individuales que normalmente se suponen como garantizados; una supresión que se convertiría en una nueva norma de permanencia, una nueva condición de larga duración de la suspensión del Estado de derecho, por lo que la política podía ser el producto de una sucesión de decisiones *ad hoc* efectuadas por funcionarios de los gobiernos y los burócratas –como Agamben han dado a entender-. Paye hace mención de que el régimen generalizado de suspensión de la ley en las democracias occidentales permite al poder ejecutivo implantar

³⁴Ibíd., p. 34.

estados para eliminar las prerrogativas legislativas y judiciales del proceso de toma de decisiones, tanto más los gobiernos que permiten monopolizar todas las facultades legales y constitucionales (hacer las leyes, la aplicación y el hacer cumplir las leyes, y decidir sobre la validez jurídica de las leyes de una sola vez). Esto podría constituir un sustituto de los sistemas democráticos liberales con modos totalitarios o dictatoriales de orden político. Paye reconoce que a menudo esto parece ser lo que el sistema actual está haciendo. Se siente obligado a referir al nuevo orden como una dictadura o como un sistema totalitario. Pero esta conclusión es algo precipitada e incompleta.

Más que una inserción de un régimen totalitario o dictatorial en las democracias occidentales a través de los muchos casos de suspensión de la ley, lo que la interpretación de Paye revela es que esta supresión de la ley da paso a la creación de un nuevo sistema normativo (para el que haya no puede ser el vocabulario político adecuado aún). Como Paye lo pone, el estado generalizado de excepción abre nuevos caminos mediante la modificación de la forma misma del Estado³⁵. O, como añade,- "[...] *esta transformación del ordenamiento jurídico es significativo (Porque)* se sientan las bases de un nuevo tipo de régimen político*"³⁶. El actual estado de emergencia/excepcionalidad marca el comienzo de un nuevo ordenamiento jurídico y anuncia un nuevo orden político, que reorganiza la lógica de la acción social y revuelve la relación entre el Estado y el ciudadano. El análisis de Paye demuestra que la condición contemporánea no es sólo un retorno al totalitarismo o la dictadura, no obstante con las reservas de la tentación de caer en el uso esos términos, ya que lo que comúnmente consideramos como totalitarismo

³⁵Ibíd., p. 34.

*Los paréntesis son nuestros.

³⁶ PAYE, Jean Claude. *Global War on Liberty*. Óp. Cit., p.61. Traducción libre del autor.

tendría que ser reconsiderado a la altura de las circunstancias contemporáneas.

También es crucial aquí, en lo referente a las nuevas políticas que se han adoptado, el paso de la idea de la suspensión o desmantelamiento de la ley a la noción de lo que Paye llama *morphing* (una suerte de transformación/edición del imaginario) de la totalidad del ordenamiento jurídico. En efecto, el nuevo sistema permanente de normatividad excepcional que se está construyendo en muchos países occidentales facilita las decisiones sumarias y remociones arbitrarias de los derechos individuales y las libertades públicas por el soberano –el que decide sobre la excepción, tal como Schmitt lo afirma-, o por varias ramas del poder ejecutivo. Permite a un poder de interpretación –de la situación política, el presunto riesgo o peligro, o el significado de las nuevas leyes- por agentes gubernamentales, poder de interpretación que se convierte en el único punto de referencia posible de la ley para las personas que viven bajo estos regímenes y que conlleva a una contingencia, también permanente, en la estructura de los derechos y deberes de la ciudadanía.

Lo que permite que todas las prerrogativas de la ley hayan sido desplazadas exclusivamente al ejecutivo del Estado o del gobierno no es la presencia del soberano en sí mismo, su centralidad o la acumulación de los poderes constitucionales. No es la institución de una autoridad que ahora residiría en su totalidad en la capacidad decisionista del soberano. Es, más bien, la elaboración de un orden jurídico que se estatuye como permanente, pero siempre en proceso de construcción, incluso antes de que el soberano tome la decisión en la excepción. Este nuevo ordenamiento jurídico libera un poder decisionista arbitrario del ejecutivo del Estado. Pero este orden también es anterior a todas las medidas soberanas tomadas por este ejecutivo o gobierno. Ésta es la razón por la

cual, como Paye nos muestra en su texto, lo que realmente importa es quién ocupa la posición de poder, qué miembro del gobierno o de la estructura de mando ejecutivo posee una capacidad de interpretación o de acción, y en qué nación, país, o incluso regiones del mundo este nuevo totalitarismo legal (si se permite llamarlo totalitarismo) se lleva a cabo. De hecho, como implica Paye³⁷, probablemente no importa fundamentalmente si un país ha sido atacado por los terroristas o no, ya que este modelo (*morphing*) de orden jurídico y político siempre opera en el nivel de la potencialidad, la plausibilidad y precauciones. Operando en el supuesto de que alguna catástrofe puede tener lugar en cualquier momento en una determinada sociedad, el régimen jurídico de reciente creación activa permanentemente la interpretación de un soberano, decisión y acción posterior (a menudo como una limitación de las libertades fundamentales).

Lo que puede ser la base, la fuerza de estructuración, de este ordenamiento jurídico transformado, es el sustrato normativo que legaliza los poderes autoproclamados del ejecutivo³⁸. Más que algún decisionismo o determinismo soberano, el nuevo sistema excepcional permanente necesita de dos elementos esenciales para realizar su nuevo orden legal complete una transición a nivel local, nacional, regional, que en sus objetivos y efectos también tenga un carácter global y transnacional. El primer componente básico del desarrollo de este sistema normativo es un prevalencia del procedimiento sobre el contenido. La intervención de la ley que se presenta cada vez más en todas partes, se expresa en la forma del procedimiento, por lo que es posible hablar de una "procedimentalización" de las relaciones sociales³⁹. Lo que las nuevas leyes y medidas jurídicas estipulan en realidad es cómo van a privar a los individuos de los derechos o violar las

³⁷ *Ibíd.*, p. 27 y 33.

³⁸ *Ibíd.*, p. 61.

³⁹ *Ibíd.*, p. 222.

garantías constitucionales en pos de unos resultados de control, previsión, supervisión y seguridad que evidenciarían la supuesta victoria sobre el terrorismo que se concibe por parte de las potencias como internacional y global. Se establece un orden jurídico que es estrictamente procesal que hace y deshace sus propias normas sobre la marcha, ya que cubre mayor cantidad de terreno político y regula cada vez más las relaciones sociales. La tarea del soberano va más allá de hallar una manera de conectar el nuevo régimen de procedimientos con un propósito final justificable para la generalidad de la ciudadanía –que es distinto a lo que en realidad desea decidir realmente- y de esa crear las leyes que le sean más beneficiosas. La plenitud funcional o formal de la ley (o su vacío esencial) es lo que determina en mayor parte lo normativo, pero también lo político y social, que serían las prioridades aparentes de los Estados de las potencias de Occidente en la guerra contra el terrorismo. La ley ya no es lo que delimita las prerrogativas del gobierno sino, al contrario, es aquello que elimina toda barrera a su actividad; el ordenamiento jurídico deviene como la simbolización de la no-ley⁴⁰. Este presupuesto de la no-ley en un orden procesal constituye una condición fundamental de la excepcionalidad permanente en su tendencia expansiva a nivel mundial.

El segundo elemento fundamental en la construcción de un nuevo orden normativo hace referencia a que las instituciones gubernamentales que anteriormente estaban dedicadas a garantizar el respeto por el Estado de derecho y la preservación del orden social democrático, han adoptado una misión adicional para el funcionamiento del sistema imperante. La policía y las fuerzas armadas en las sociedades occidentales se han convertido en los dos organismos esenciales del régimen contemporáneo permanente de excepción, al cual aún no se le visualiza un final. La policía y

⁴⁰Ibíd., p. 100.

los militares son los agentes que posibilitan la aplicación de la nueva estructura normativa de ley puramente formal y procedimental. Asimismo permiten la aplicación de la fuerza decisionista del ejecutivo soberano, donde la policía y los militares encarnan la “violencia pura” del nuevo sistema legal⁴¹. En cierto sentido, tanto la institución policial como la militar, y sus agentes, en la coyuntura de una forma procesal soberana e ilimitada, actúan incluso antes de que los nuevos poderes constituidos de la interpretación y la decisión del ejecutivo de Estado y de gobierno se instituyan como tales, llevando a una subordinación de los poderes judiciales a los poderes de las fuerzas de represión que han sido empoderadas por el poder ejecutivo.

Con la guerra antiterrorista se viene dando una creciente autonomía y expansión de las operaciones policiales en todo el mundo occidental (vigilancia, arrestos, y recolección de información privada sin orden judicial, cooperación con los servicios de inteligencia, investigaciones e intervenciones sin la aprobación judicial fuera de las fronteras nacionales existentes, el intercambio de datos y recursos entre las distintas fuerzas nacionales de policía más allá de los tratados internacionales existentes, etc.), la mayoría de las cuales ya existían antes del 9/11, lo lleva a afirmar que en ausencia de cualquier control, ya sea judicial, legislativo o ejecutivo, hay una autonomización creciente de operaciones de la policía a nivel mundial nacional, europea (Europol), o. que hay un proceso que coloca a la policía en el centro de las estructuras del Estado nacional⁴². Mediante el establecimiento de procedimientos –de investigación, criminales y punitivos–, que constituyen el sistema legal, los agentes sociedad policial asumen la visualización de categorías distintas de la vida. Se establecen bases formales y funcionales de la vida social y cultural en el marco del predominio de la lucha contra el

⁴¹Ibíd., p. 87.

⁴²Ibíd., p. 183.

terrorismo, contra el peligro, de la lucha contra la delincuencia, y de regulaciones anti-disenso que el gobierno pondrá en práctica. Las fuerzas policiales por lo tanto además de ser cruciales para el nuevo sistema legal son lo más importante para el nuevo orden político. La función de la policía, según Paye⁴³, asume una postura hegemónica a través de la movilización de la población civil a favor de implementación de políticas de seguridad.

Desde el pensamiento de Foucault⁴⁴ se podría decir que Paye pone de manifiesto el paso de la soberanía biopolítica a una tendencia de órdenes normativos bio-vigilados, que tienen el poder de hacer o producir vida –determinado quién ostenta vida política y quién mera vida biológica-, y que, para ser eficientes, utiliza las fuerzas vivas de la nación, movilizando a la sociedad en torno a los procedimientos disciplinarios, coercitivos y de seguridad activa, que es ahora la tarea principal de la policía, así como también es la función principal de los militares fuera de las fronteras del Estado, en el contexto de la guerra contra el terror, ignorando las restricciones del DIH que se estipulan para todos los tipos de conflictos.

Una vez más, el resto de las funciones gubernamentales, y en particular la facultad de interpretación en la cabeza del poder ejecutivo no trabajan solas. El soberano y su decisión sobre la excepción son los afortunados beneficiarios de las bases normativas de la reorganización biopolítica como procedimiento realizado por la “biopolicía”. Esto es porque el totalitarismo y la dictadura ya no nos ayudan a dar sentido a la condición actual de excepción legal y el abuso de autoridad. En una época en que la biopolicía y su dominio sobre procedimiento están cargo de la movilización de la población,

⁴³ *Ibíd.*, p. 186.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad*. Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2001.

el poder ejecutivo, o el que decide sobre la excepción, ya no estrictamente central o hegemónicamente personalista. Más bien, la centralidad y la hegemonía "soberana" del ejecutivo se ven totalmente beneficiadas por las operaciones, acciones y determinaciones sin límites llevadas a cabo por cantidad determinada de agentes del procedimiento (policías, militares, etc.). En este estado de cosas es el poder ejecutivo estadounidense el que ejerce principalmente la soberanía mundial, es aquel que marca los límites entre la norma y la excepción e inscribe esta última en la ley a través de la movilización que ampliamente desarrollan sus fuerzas policiales y militares, dentro de su nación y en todo el mundo, propagando el nuevo sistema normativo.

Aquí el derecho penal cumple con un papel marcadamente constitutivo, ocupando un lugar privilegiado en el contexto post-9/11. El derecho penal coadyuva con firmeza la privación de las libertades públicas y privadas garantizadas por las constituciones, y las sustituye estableciendo las reglas para la transformación de todo el sistema legal. El derecho pena es, por lo tanto, el elemento privilegiado que hace que sea posible interpretar las transformaciones que esgrime la guerra contra el terrorismo (donde es especialmente importante la herramienta del derecho penal del enemigo, la cual será tratada en el presente estudio en el aparte 3.1.1 del siguiente capítulo).

Esa primacía, aún actual, del derecho penal frente a otros sectores de la ley indica que se está dando una fase de transición⁴⁵. El derecho penal, excepcional en relación con la "libertad" reconocida por la fuerza de trabajo, aseguraría la transición hacia lo que se puede denominar la etapa de

⁴⁵ PAYE, Jean Claude. *Dictatorship or Permanent State of Exception?* Translated by James H. Membrez, Telos Press [En línea], agosto 29 de 2007, Disponible en la web: <http://www.telospress.com/dictatorship-or-permanent-state-of-exceptionpart-1/>

"competitiva" o "liberal" del capitalismo, y más recientemente del biocapitalismo⁴⁶. En nuestro contexto el dominio de la ley penal, de un derecho penal de excepción, nos muestra que también estamos en una fase de transición. Esta ley también establece las condiciones para la modificación de las relaciones de propiedad, principalmente la propiedad de la fuerza de trabajo, pero también del capital, tales como los derechos de propiedad intelectual. La característica de la fuerza de trabajo ahora se reduce a una propiedad vacía, todos sus atributos, sus indicaciones, están bajo el control de las empresas y el Estado. El final de la vida privada, atestiguado por los cambios en la ley penal, es parte de la actual organización de la producción, lo que hace todo tiempo y espacio de la vida sea funcional al desarrollo del capital.

La reducción de las libertades públicas, debido a la legislación antiterrorista, así como el desmantelamiento del derecho de huelga mediante el recurso sistemático de los tribunales, impide cualquier reacción colectiva contra el desmantelamiento de la legislación laboral y los derechos de los trabajadores. En este caso, el derecho penal de excepción invierte el lugar esencial que la legislación laboral llevado a cabo durante el primer período de la fase monopolista del capitalismo. Entonces verdaderamente esta rama de la ley ha tenido un papel constitutivo⁴⁷. Así, el estado de excepción proclamado en el contexto de la lucha antiterrorista no es la suspensión momentánea de las libertades, sino la suspensión permanente, en constante renovación desmantelamiento de

⁴⁶ Aunada a la lucha global contra el terrorismo se desarrolla una fase en el sistema capitalista, que va enlazada a legitimación ética y moral de las intervenciones militares de las fuerzas armadas de las potencias occidentales, conocida el "biocapitalismo". Este término denota un proceso de acumulación que se basa en la explotación no sólo del conocimiento sino de todas las facultades humanas, desde las relacionales-lingüísticas hasta las afectivas-sensoriales.

⁴⁷ NEGRI, Antonio. *La forma-estado. Por la crítica de la economía política de la Constitución*. Madrid, Akal, 2003, p. 30-100.

ellos. No sólo es la profundización de la deconstrucción de la forma del Estado de derecho permanente para reconvertirlo en una ficción, sino también es un proceso. El estado de excepción en sí es una forma de organización del poder, a la que acuden las potencias de Occidente, que se caracteriza por la constante transformación, mediante la institucionalización de una crisis política permanente, producida por el poder mismo. El estado de excepción no es una forma que tenga final, ya que es la excepción se convierte rápidamente en la norma.

Considera Paye que para caracterizar esta transformación política tenemos que usar el término "dictadura". Ese concepto de dictadura que usualmente se refiere a una forma de régimen político, aunque no se limita a este aspecto. La concentración de todo el poder en manos del ejecutivo caracteriza bastante bien una forma de régimen o el gobierno, que normalmente se reconoce por la dictadura, pero también es el fenómeno de una transformación más profunda que consiste en la forma del propio Estado⁴⁸. La dictadura ya no es una simple forma de gobierno vinculada a una coyuntura concreta de la lucha de clases. Tiene un carácter estructural. Es una forma de organización del poder que corresponde a una nueva forma de propiedad de la fuerza de trabajo, en la

⁴⁸ Paye considera que el concepto de FORMA-DE-ESTADO se diferencia de la significación de la forma de gobierno o la forma de régimen político, ya que corresponden a niveles diferentes de abstracción. La forma de gobierno está situada en un nivel más concreto, el político conjetural. La forma-de-Estado tiene un carácter estructural. Es la forma de organización política que corresponde a una etapa de desarrollo de la sociedad, así como la "forma" liberal del Estado correspondería a la "etapa" competitiva del capitalismo, la forma intervencionista correspondería al monopolio o a la etapa imperialista. Una forma-de-Estado así puede corresponder a varias formas de gobierno: monarquía constitucional, república parlamentaria o dictadura militar. En la distinción entre forma-de-estado y forma de gobierno Paye sugiere ver: Nicos Poulantzas, *Political Power and Social Classes* (London: Verso, 1978) and *Fascism and Dictatorship: The Third International and the Problem of Fascism* (London: NLB, 1974).

medida en que este último no sólo está constantemente en la sociedad sino también en la vida cotidiana, bajo el control del capital.

El concepto de esta forma-de-Estado no se había presentado hasta ahora. Ésta es una nueva situación histórica que puede ser caracterizada provisionalmente como una dictadura orgánica. Ya no se trata, como en el caso de una dictadura militar, por ejemplo, de la dictadura del Estado sobre la sociedad, sino más bien de una fusión entre los dos términos. Los conceptos desarrollados por Schmitt, de una "dictadura soberana" y, sobre todo, la de un "Estado total, pueden ser útiles en este caso según Paye⁴⁹.

La dictadura soberana está en relación directa con el poder constituyente. Su objetivo es transformar el orden político existente y constituir una transición que hace que este nuevo orden posible. En cuanto al Estado total, se explica el proceso de la interpenetración de la sociedad y del Estado. Este es un doble movimiento. Por un lado, la sociedad se hace cargo de los asuntos que antes eran la preocupación de los poderes públicos por sí solos, y, por otro lado, el Estado interviene masivamente en los asuntos privados. La sociedad se organiza a sí misma convertida en el Estado, los problemas económicos y sociales se hacen directamente políticos. El Estado ya no es sólo una extensión burocrática de la sociedad, una "auto-organización" de la sociedad. Para Schmitt, la crisis constitucional resultante se puede resolver sólo con la aparición de un "Estado total", un Estado capaz de restablecer su primacía sobre la sociedad civil. Para este autor, la cara política del Estado político cualitativamente total se encarna en la figura del Führer.

⁴⁹ SCHMITT, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias*. Madrid, Editorial Alianza, 1985.

Para Paye, el pensamiento de Schmitt tan importante en la década d 1930, acertadamente, representa un elemento útil para entender la situación post-9/11. La idea de la "gobernanza", explicaría esta moderna interpenetración entre el Estado y la sociedad bastante bien, incluso más profundamente que durante la década de 1930, donde las empresas privadas jugaban un papel de injerencia directa en el poder y el Estado se comportaba como una empresa corporativa. En cuanto al poder ejecutivo de los Estados Unidos, con la contemporánea guerra contra el terrorismo se está llevando a cabo la decisión de restablecer la primacía de lo político.

El estado de excepción que caracteriza nuestra tiempo no es principalmente horizontal, es también y, por encima de todo en la coyuntura actual, vertical. Es la formación de una estructura imperial en la que el poder ejecutivo de los Estados Unidos ejerce el poder soberano. El concepto de imperialismo no nos permite captar este proceso Eso explica por qué se utiliza el concepto de Imperio⁵⁰. El problema fundamental es el de construir el concepto de "Imperio" como una forma específica de Estado y de ponerlo en relación con el concepto de "imperialismo" (la etapa de "monopolio" de la sociedad capitalista). Señala Paye que dos posibilidades se presentan aquí: Imperio corresponde a una nueva organización de las relaciones sociales de producción que es cualitativamente distinto como la forma-de-Estado correspondiente a una nueva "fase" del desarrollo del capital; o Imperio corresponde a un período particular del desarrollo de la etapa imperialista,

⁵⁰ PAYE, Jean Claude. *Dictatorship or Permanent State of Exception?* Óp. Cit. Este concepto de "Imperio" Paye lo toma de Toni Negri (en: HARDT, Michael y NEGRI, Toni. *Imperio*. Cambridge, MA: Harvard Prensa Universitaria, 2000). Aunque paye sólo comparte con él la idea de que es necesario de ir más de la clásica idea de imperialismo, debido a que este concepto no puede servir ya para entender los movimientos actuales de sociedad capitalista. Según Paye, ya no se puede construir una estrategia política en la base de inter-contradicciones imperialistas. Esto sería todo que hay en común entre las dos interpretaciones.

el resultado de la tendencia mostrada por esta estructura, la organización de una suerte súper-imperialismo.

En Toni Negri (a cuyo pensamiento también debemos la dilucidación del tema del biocapitalismo contemporáneo⁵¹), en comunión con la primera opción, Imperio correspondería a un nuevo modo de acumulación de capital sobre la base de "trabajo inmaterial." Pero este enfoque estaría contaminado por el tecnicismo, que expresa la primacía de las fuerzas productivas sobre las relaciones sociales de producción.

En la segunda opción, el imperio sería un período específico de la fase imperialista más compleja. Por tanto, es necesario, como indica Paye, romper la etapa imperialista en dos períodos distintos. Un primer período se caracteriza por la presencia masiva de la fuerza de trabajo en las relaciones sociales de producción. Esta existencia directamente política requiere una reorganización del Estado para gestionar el equilibrio de poder. Esto es lo que la escuela Bourdieu ha

⁵¹ Ver: FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES, Sede Ecuador. *Conferencia Magistral de Antonio Negri. Biocapitalismo y constitución política del presente.* 14 de noviembre de 2012 [videograbación]. Aquí Negri afirma que en el momento en que el trabajador se apropia de una parte del capital fijo y se presenta como actor cooperante en los procesos de valorización, como sujeto precario pero también autónomo a la valorización del capital, se da una completa inversión de la función del trabajo con respecto al capital: el trabajador deja de ser un instrumento que el capital usa para conquistar a la Naturaleza y para poder producir mercadería. Habiéndose metamorfoseado desde el punto de vista antropológico, reconquista un valor de uso, actúa maquinaalmente en una autonomía del capital.

A partir de este encuadre, explica que la nueva forma de la lucha de clases sobre el terreno biopolítico está sin resolver, y cuando la resistencia se hace fuerte se torna feroz y al Estado se le vuelve muy difícil recuperar el poder, vuelve a ser decisivo el uso de la violencia. Toda resistencia es condenada como ejercicio ilegal de contrapoder; las manifestaciones de rebelión son definidas como devastación, saqueo, ulterior paradoja. Pero como se trata de ejercer el poder se manifiesta como figura inevitable, neutra. Se trata del máximo de la violencia ejercitado por instrumentos técnicos

determinado, de una manera puramente formal, bajo el nombre de "Estado social". El segundo período corresponde a la deconstrucción en curso de este equilibrio de poder donde se pueden distinguir dos momentos: El primero, de carácter preeminentemente económico, es el desmantelamiento de la estructura de trabajo a través de traslados, por la capacidad del capital multinacional para poner potencias laborales de diferentes valores en competencia. La segunda fase corresponde al estado actual de las cosas, a la creación de las condiciones necesarias para revocar las relaciones de propiedad sobre la base de la ley penal. Todo este proceso puede ser percibido y teorizado como un estado de excepción permanente y global en la medida en que la guerra virtual contra el terrorismo hace posible una ofensiva cada vez más intensa contra las libertades. Sin embargo, el vuelco es tal que lleva a la creación de un "nuevo orden", de una estructura política psicótica cuando el poder de la palabra es sustituye a los mismos hechos. Se trata de un orden jurídico establecido en la ley que está formado por la palabra del poder ejecutivo de las potencias de Occidente.

La dictadura podría representar la tendencia en su realización. Igualmente podríamos usar el concepto Schmittiano del Estado total. Pero para nosotros, a diferencia de Schmitt, esta forma de organización del poder no expresa el retorno de lo político frente a liberalismo, pero la plena realización de este último.

El carácter fenomenológico del enfoque de Schmitt, el hecho de que la forma del Estado no se ponga en relación con su contenido (las relaciones sociales de producción) le impide producir el concepto de esta forma de dictadura, que igualmente podría ser descrito como un dictadura totalitaria, una dictadura que regula todos los aspectos de la vida. Sin embargo, el estado de excepción permanente sigue produciendo sus efectos. Esta dictadura orgánica, que tiende a identificar a la sociedad y el Estado, modifica

constantemente sus condiciones de existencia, imitando así al capital, que revoluciona constantemente las condiciones de su producción. Por lo tanto, esta dictadura ya no es una forma política estable, sino que también es un estado de excepción permanente.

La volatilidad de las relaciones de producción capitalista ha sido una característica plausible durante toda su existencia. Sin embargo, estas relaciones han experimentado una determinada aceleración en la fase actual y, sobre todo, este proceso se está liberando de su causa original, el conflicto laboral. Según Paye, la relación entre la lucha de los trabajadores y la mecanización del proceso de trabajo fue claramente planteada por Marx, que mostró que las máquinas se apresuran a donde se producen huelgas. Sin embargo, la globalización hace posible que el capital se libere desde el motor de su desarrollo, la lucha laboral, y la aplicación de métodos de producción que son el resultado de la experiencia adquirida frente a los elementos más avanzados de la mano de obra para los trabajadores sin tradiciones de lucha. Esta posibilidad rompe la conexión estricta existente entre el efecto y su causa. El efecto, la revolución permanente en las relaciones de producción, aparece como su propio elemento fundante.

Con actual estado de excepción permanente, la transformación del derecho penal, que conduce a la supresión del *habeas corpus* y coloca toda la población bajo control constante, cambia profundamente las formas de propiedad de la fuerza de trabajo "libre". El derecho penal de excepción crea así las condiciones que hacen posible que el capital modifique las relaciones de producción cualitativamente. La transformación en la organización del trabajo que acompaña a este cambio económico drástico no se puede reducir a un cambio en el régimen político. Modifica

la forma misma del Estado, acomoda al Estado de forma adecuada a las nuevas relaciones de producción.

El desmantelamiento de la estructura política de la clase obrera es, al mismo tiempo, la deconstrucción del Estado nacional. El comando capitalista se ha reorganizado a nivel mundial. La forma nacional del Estado que se ha unido a una organización internacional en red (cuyo hegemón es el grupo de potencias occidentales) manteniendo sólo la policía y las funciones judiciales –que nosotros aquí asociamos más con la existencia ficcional del Estado de derecho, más con no su desaparición-. La fase actual, inaugurada con el 9/11, es testigo de que estas prerrogativas están globalmente integradas en una estructura imperial dirigida por el gobierno de los EE.UU., donde se concentra todo el poder en sus manos. Una estructura vertical, que lleva a cabo el control y la represión de las poblaciones bajo un mando centralizado, se unió a la reorganización horizontal de la primera fase. El Imperio, como el espacio de este comando, puede existir por lo tanto sólo como dictadura. No es que la dictadura sea la única forma de gobierno posible, lo que significaría que ya no representa sólo una forma específica de régimen político, sino que es el producto de la identidad de la sociedad y el Estado. Es a la vez la forma y el contenido de esta identidad, la forma-de-Estado y la organización de la sociedad. Ya no es la dictadura del Estado sobre la sociedad, sino la dictadura orgánica del capital.

La lucha antiterrorista permite que se esté llevando a cabo una reorganización del poder a nivel mundial. En ese nuevo orden los procedimientos de excepción se convierten en la base de un nuevo orden jurídico en el que la administración se otorga a los poderes de un magistrado. En este proceso de globalización, Estados Unidos ocupa un lugar muy relevante, pues dirige una estructura política imperial en la que la administración estadounidense tiene el privilegio de determinar la excepción e inscribirla en el derecho, tanto

nacional como internacional, al tiempo que induce a los demás países a aceptar tal situación y asumirla como propia.

El gobierno de EE.UU. puede designar como enemigo a cualquier estadounidense y también a cualquier ciudadano de un Estado con el que no esté en guerra y, gracias a los acuerdos sobre extradición y a la maleabilidad del DIH, puede solicitar que se les entregue cualquier persona que ellos consideren “terrorista”, mantenerlo detenido indefinidamente y juzgarlo ante tribunales de excepción. La lucha antiterrorista evidencia un carácter constituyente, ya que modifica el ejercicio de la soberanía interna y externa, induciendo a una solidaridad orgánica entre los diferentes gobiernos, apoyado en las otras potencias occidentales, respecto a la vigilancia y la represión de sus poblaciones. En este contexto, la guerra y el “mantenimiento del orden” acaban confundándose, pues las guerras se nos presentan como operaciones policiales, el control de los ciudadanos queda asegurado por procedimientos propios del contra-espionaje y el DIH estaría suspendido o reactivado de acuerdo con las necesidades que demande la excepcionalidad impuesta.

4.2. El propósito del DIH en el marco del intervencionismo y la propagación del estado de excepción como forma de gobierno

Como se expuso en el aparte 4.1.1., Agamben⁵² identifica la problemática de hallar una definición jurídica del estado de excepción. Esto es porque el estado de excepción se ubica en una frontera entre derecho y política, apuntando al reconocimiento de lo que significa actuar políticamente. Un elemento importante ha sido una relación del estado de excepción con la resistencia, la guerra civil y la insurrección, al ser la respuesta inmediata del Estado frente a los conflictos

⁵² AGAMBEN. *Estado de excepción (Homo Sacer II, 1)*. Óp. Cit.

internos más recalcitrantes. Entonces, el totalitarismo moderno se puede evidenciar en cuanto a la instauración del estado de excepción permite la eliminación de adversarios políticos y de categorías de ciudadanía no integrables en el sistema. Éste es el fenómeno que ejemplifica la aparición de una *guerra civil legal* en Occidente, durante el siglo XX, y que en nuestro concepto, impera aún en los días presentes junto con el dominio del estado de excepción como paradigma de gobierno, concatenándose con la normatividad del “derecho de guerra” y su actualización en el Derecho Internacional Humanitario al plantearse éste como “[...] *un conjunto de normas que por razones humanitarias, tratan de limitar de los efectos de los conflictos armados, protegiendo a las personas que ya no participan en los combates y limitando los medios y métodos de hacer la guerra*”⁵³.

Se refuerza el ambiente dominante del estado de excepción, de esa *guerra civil legal*, en cuanto ya no se apela desde la normatividad jurídica, en este caso de carácter internacional/interestatal, a impedir o reducir los espacios donde surjan los conflictos y la guerra misma, sino se intenta es limitar sus (inevitables) efectos. No determina si los Estados, en situaciones definidas, tienen o no derecho a recurrir a la fuerza –algo que corresponde a la ONU-. El DIH aparece junto con la guerra (su intento de regulación emerge con las mismas situaciones de conflicto) pero cada vez más intenta inmiscuirse como ente regulador en los escasos tiempos de “paz”. Los Estados aparentemente han aceptado el conjunto de normas del DIH basándose en la terrible experiencia que ha permitido la guerra moderna. El DIH pone de manifiesto la intención de acercarse a un punto de equilibrio: entre las preocupaciones humanitarias y las

⁵³ COMITÉ INTERNACIONAL CRUZ ROJA. *¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?* Servicio de asesoramiento en el derecho internacional humanitario. Disponible en la web: <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>

exigencias militares de los Estados. Se respeta entonces algo denominado como “exigencias militares de los Estados”, algo que no se hace extraño si se aprehende una coyuntura dibujada de un estadio de conflicto armado permanente, desde la guerra declarada al terrorismo a escala mundial – interna o externamente, nacional o internacionalmente- por parte de Estados Unidos y su potencias aliadas, y por la manera en que las democracias occidentales han asumido el estado de excepción como forma de gobierno, junto con la indistinción entre dicho estado y los correspondientes ordenamientos jurídicos. Así, no sólo los ordenamientos jurídicos estatales se ven imbuidos por esa indistinción, también le sucede a un ordenamiento que buscaría reivindicar un carácter de universalidad: el DIH.

La máquina jurídica generalizada en los Estados occidentales está estructurada dualmente, según Agamben, y, además, formada por dos elementos heterogéneos, y a la vez coordinados: uno normativo y jurídico en el sentido estricto, y otro anómico y metajurídico. Éstos se ven articulados por medio del estado de excepción como dispositivo que instituye un umbral de indecibilidad entre la vida y el derecho. Es este umbral el que asimismo acusa a la maquinaria jurídica del DIH; Un terreno de acción que no es interno ni externo al ordenamiento jurídico. El problema de la definición del estado de excepción radica en esa zona de indeterminación.

El DIH se apoya jurídicamente en gran cantidad de tratados, pero específicamente son los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales los que lo sustentan de forma principal. No obstante, existe un sustancial cuerpo de derecho de carácter consuetudinario que en suposición, vincula a todos los Estados y partes intervinientes en los conflictos. Por su parte, el derecho consuetudinario se compondría:

“[...] por normas que resultan de una práctica general aceptada como derecho, cuya existencia es independiente del derecho convencional. El derecho internacional humanitario consuetudinario (DIH consuetudinario) reviste una importancia fundamental en los conflictos armados contemporáneos, porque llena las lagunas del derecho convencional tanto en lo que respecta a los conflictos armados internacionales como no internacionales, por lo que fortalece de ese modo la protección de las víctimas”⁵⁴.

Agamben referencia el estado de excepción en relación con un terreno de ambigüedad donde procedimientos extrajurídicos de hecho se han convertido en derecho. De una laguna del derecho público de la cual el poder ejecutivo ha de encargarse. Una laguna en el sentido de la suspensión del ordenamiento jurídico en pro de su conservación. El estado de excepción es un ambiente generalizado que ha trascendido los ámbitos internos del Estado –que como institución está lejos de desaparecer y por el contrario se expande, ya sea en media de una crisis como ficción funcional, o instrumento de clase si se quiere- y de sus maquinarias de derecho. La zona de indeterminación se hace manifiesta también en el DIH, donde el DIH consuetudinario aparece como un hecho extrajurídico devenido en derecho, dirigiéndose a complementar la protección prevista en el derecho convencional y a cubrir las lagunas ocasionadas por la falta de ratificación de los tratados o por la ausencia, en ese derecho convencional, de normas detalladas en materia de conflictos armados no internacionales.

Desde el CICR se aclara que no existe una definición jurídica internacional exhaustiva del terrorismo. El DIH no lo define,

⁵⁴ COMITÉ INTERNACIONAL CRUZ ROJA. *El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario*. Disponible en la web: <http://www.icrc.org>

pero sí prohíbe en forma explícita la mayoría de los actos cometidos contra las personas y los objetos civiles durante un conflicto armado que, si se cometiesen en tiempo de paz, normalmente se considerarían "actos terroristas". El DIH ha afrontado el desafío representado por la tendencia de los Estados a etiquetar como terroristas todos los actos de guerra cometidos contra ellos por grupos armados, especialmente en conflictos armados no internacionales. Esta postura ha causado confusión en la diferenciación entre los actos de guerra legítimos, en particular los cometidos por insurgentes nacionales contra objetivos militares, y los actos de terrorismo. Existe una evidente controversia en torno a la clasificación jurídica de una "guerra mundial contra el terrorismo": *"El CICR no opina que se esté librando una guerra mundial. Prefiere aplicar un enfoque caso por caso. El CICR considera que aplicar el DIH a situaciones que no constituyen una guerra no es útil y que puede resultar peligroso"*⁵⁵. Esto es algo que sin duda se queda en el papel, sabiendo que la aplicación de un enfoque caso por caso está totalmente imbuida por la determinación de los Estados potencia de Occidente, que pueden poner sobre la mesa una extensa lista de los que consideran como "casos". Si bien literalmente no se acepte una noción de guerra mundial, en la práctica se considera al atendimiento de un contexto de proliferación de conflictos armados de diversa índole.

El CICR como "guardián" –más no policía ni juez- del DIH, en sus planteamientos evidencia ciertas contradicciones. Afirma que el DIH sólo se aplica en casos de conflicto armado, y no en casos de tensiones internas o de violencia aislada. Sólo aplica en casos de violencia extrema, sin embargo se propugna cada vez más por su reconocimiento normativo en tiempos de paz. Se apela a una distinción respecto del

⁵⁵ COMITÉ INTERNACIONAL CRUZ ROJA. *Los desafíos contemporáneos del DIH*. Disponible en la web: <http://www.icrc.org>

derecho de los DDHH pero simultáneamente, se apela cada vez más al fortalecimiento de sus puntos conexos en dirección a un sincretismo permanente. Se distingue textualmente entre conflicto armado internacional, conflicto armado no internacional y conflictos desestructurados, entre personas civiles y personas en frente de disputa, entre tiempos de conflicto y violencia extrema y tiempos de paz, pero esto se queda en artificio teórico. En el estado de excepción, el derecho es excepcionalidad y las normas para definirse como tales deben suspenderse. El DIH, sobre todo en su fase consuetudinaria, evidencia esa fuerza-de-ley que pone de manifiesto Agamben en el momento de propagación global que ha alcanzado el estado de excepción como paradigma de gobierno. Una fuerza-de-ley como zona anómica donde, simultáneamente, la norma está vigente y no se aplica, y los actos que no poseen valor de ley adquieren la fuerza propia de ella. Es un fenómeno que se manifiesta tanto en el derecho privado como en el derecho público, y ahora tanto a nivel estrictamente estatal como interestatal; el derecho en última instancia es un espacio kenómico. El concepto de aplicación es una problemática que se debe plantear, para Agamben, por medio de una transferencia del ámbito lógico al de la praxis.

El DIH, en apariencia, se erige como maquinaria jurídica distinta al sistema jurídico de los Estados, y como parte de del Derecho Internacional se construyó con la meta de regular las relaciones entre éstos. Empero, su aplicación constituye a los Estados como sus máximos –y si se quiere únicos y tangibles-responsables y garantes. La implementación del DIH se hace netamente estatal-nacional. Ellos tienen la obligación de aplicar efectivamente las normas del DIH y crear mecanismos, jurídicos y políticos, para dicho cometido. Deben asegurarse del reconocimiento del DIH por parte de sus cuerpos militares y sus poblaciones en general y han de encargarse de los castigos en contra de todas las violaciones al conjunto del DIH, sin importar la nacionalidad del autor o la víctima; los Estados deben generar un ambiente de asistencia jurídica

mutua. Corresponde a los Gobiernos decidir la creación de una comisión nacional de DIH, así como los miembros que la integrarán, pero el CICR recomienda la inclusión de representantes de los ministerios de Defensa, Asuntos Exteriores y Justicia, Interior o Asuntos Internos, Salud y Educación, así como de académicos especializados, juristas internacionales, personal militar, representantes de la Sociedad de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja y ONGs pertinentes. Más allá de la creación de tribunales internacionales particulares, como para los conflictos de Ruanda (1994) y Yugoslavia (1991-2001), y de la Corte Penal Internacional, como pilar del DIH está siempre la figura del Estado, reforzando la idea contemporánea de su expansión ficcional en crisis, antes que de su desaparición. Para gozar de aceptación universal, los tratados de DIH deben ser aprobados formalmente por todos los Estados a través de la ratificación o la adhesión. Luego, los Estados deben promulgar legislación interna y adoptar medidas prácticas a fin de que las normas cobren pleno efecto. Los Estados no pueden suspender en ningún momento las normas del DIH, pero sí son quienes definen que situaciones se pueden leer desde tal derecho. Y sobre todo esto la jerarquía estatal en la Comunidad Internacional, de Estados potencias hegemónicas y Estados débiles, ha imbuido de una forma clara, especialmente en el contexto de la guerra global antiterrorista.

La vida misma no aparece, también en el DIH, como portadora de derechos en sí misma, necesita de la *auctoritas* del Estado para otorgarle valor jurídico. No existe ni DIH ni DDHH –como actos con aspiración jurídica- sin la autorización y protección efectiva del Estado. Lo que esclarece el *iustitium* aquí es que las acciones del DIH, como devenidas de los Estados, inejecutan el derecho, ubicándose en un no-lugar absoluto respecto al derecho. Un no-lugar correspondiente con la fuerza-de-ley, de la maleabilidad jurídica del DIH que acarrea el estado actual de preeminencia de la

excepcionalidad. El DIH es así una clara muestra de la estructura dual del sistema jurídico de Occidente. De la normatividad jurídica (*potestas*) y la anomia metajurídica reactiva –en este caso estatal- (*auctoritas*); la *auctoritas* del Estado aparece como la fuerza que suspende la potestas del DIH allí donde ésta se ejercía, y es lo que la reactiva donde ya no estaba en vigor. Un poder que suspende o reactiva el derecho que, sin embargo, no está formalmente vigente como derecho. Es el estado de excepción el dispositivo que permite la articulación de esos elementos mediante la institución del umbral de indecibilidad anomia/nomos. La no-relación vida/derecho-derecho/vida abre el terreno para la política, en cuanto ésta es la acción cortante del nexo entre violencia (“pura” en el sentido benjaminiano) y derecho. De la reglamentación de la violencia, alrededor de la cual se conforma el DIH, se debe entender también que “violencia pura” no es una figura originaria de la acción humana que en algún momento dado se inscribe en el derecho. Es necesario entender correctamente la “violencia pura” como violencia que actúa y se manifiesta, no como gobernadora o ejecutora, cuyo criterio de determinación ha de ser la relación disuelta entre violencia y derecho; de éste último no como justicia sino como camino conductor a ella, a través de su desactivación en el estado de excepción.

En ese estado de excepción la *auctoritas* puede transformar la vida cualificada en nuda vida al sustraerle su valor jurídico, de derecho. La pura vida natural se ha separada del derecho desde la concepción de los Estados de una mera vida biológica (*zoe*). Actualmente se atiende, como demuestra Agamben, al advenimiento de una máquina letal en el estado de excepción, con la indistinción entre *auctoritas* y *potestas*, donde la *zoe* se ha puesto en el centro del ordenamiento jurídico, hasta en el de carácter internacional con elementos como una base de datos del DIH consuetudinario para al acceso de toda las personas, donde éstas se reconozcan ahora como sujetos de nuda vida y no desde sus derechos

políticos y civiles. La apariencia de la ficción de la forma-de-vida como elemento conector entre la vida y el derecho mantiene y da lugar a la efectividad de ese fenómeno.

4.2.1. Protección de lo “humanitario”: el reconocimiento de la nuda vida y de la tanatopolítica (política de la muerte)

En la propagación del estado de excepción permanente – sustentado en el poder soberano- que se ha acentuado con el intervencionismo occidental, se hace plausible una relación entre violencia y derecho, donde derecho interno e internacional, por medio de su suspensión, incluyen a la vida. Le han sustraído sus facultades sociales condenándola a su visualización como pura vida biológica.

El DIH (*ius in bello*), los DDHH (con la determinación del *ius ad bellum* en CNU) y el derecho de los refugiados (en su estado de superposición complementaria) tratan de incluir la vida biológica en el sistema jurídico. Se distingue que formalmente se busca que el DIH se aplique en situaciones de conflicto armado, mientras que el derecho de los DDHH esté vigente en todo momento, tanto en tiempo de paz como de guerra. Pero en los últimos tiempos se ha demandado la excepcionalidad impuestace visible una yuxtaposición entre uno y otro, como se ha mencionado más arriba. Realmente ambos tipos de derecho intentan aplicarse durante los conflictos armados; la diferencia radica en lo que respecta en que el DIDH habilita a los Estados a suspender ciertos derechos humanos si afronta una situación de emergencia. El DIH, en cambio, no puede suspenderse, con excepción de lo dispuesto en el Artículo 5 del IV Convenio de Ginebra⁵⁶,

⁵⁶ COMITÉ INTERNACIONAL CRUZ ROJA. *IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949.* Disponible en la web:

acerca de las derogaciones del CICR en cuanto a las personas protegidas. Todo lo anterior se plantea de manera formal desde el CICR, pero cabría un espacio para la duda en la realidad, sabiendo que también se intenta forzar la interrelación entre esos tipos de derechos para el reforzamiento del DIH.

El DIH busca proteger a las personas que no toman parte en las hostilidades (los civiles y el personal médico y religioso). Asimismo protege a las personas que ya no participan en los combates: los combatientes heridos o enfermos, los náufragos y los prisioneros de guerra. Se arguye que dichas personas tienen derecho a que se respete su vida y su integridad física y moral, y a que se beneficien de garantías judiciales. Serán, así, en todas las circunstancias, protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable. Pero lo que es visible efectivamente es que los asuntos que son preeminentes en su cuidado se relacionan directamente con el ámbito de la integridad física antes que con la de la moral y las garantías judiciales, en una asociación de lo humanitario con el cuidado de la mera vida biológica de los hombres, donde son las misiones de sanidad las que permiten el reconocimiento del DIH. El adjetivo “civil” es tan sólo un apellido sin contenido para diferenciarse de la figura militar. Y es que desde sus inicios el DIH, en sus primeros Convenios y Protocolos, se enfocó en la regulación y atendimento de los fenómenos de los heridos y enfermos en combate, militares y civiles, y las condiciones de vida –físicas- de los prisioneros de guerra. Además, se la expresa condena sólo a las armas de carácter biológico y químico. Todo esto ejemplifica la situación de la politización de la vida que denota Agamben, que demuestra la construcción de la vida como objeto en el que el cuerpo puede recibir muerte, con la intrusión de principios biológico-científicos propios del contexto biopolítico

del estado de excepción. Aquí donde el DIH, y el derecho en general, se deduce de la existencia de la nuda vida como correlato con la muerte.

El DIH no sólo se dirige a la protección de las personas durante los conflictos armados –visibilizados predominantemente en Occidente-, también intenta proteger bienes, tanto de carácter público como privado. Sin embargo aquí se hará énfasis especial el carácter que se les otorga a esas personas susceptibles de protección, particularmente en el caso de los prisioneros de guerra, las mujeres y los refugiados. El DIH define unos grupos de mayor vulnerabilidad, a saber, los prisioneros de guerra, las mujeres, los niños y los ancianos, y los desplazados y refugiados. Categorías que, exceptuando la de prisioneros de guerra, se les otorga el mote de “civiles”. Durante la Segunda Guerra Mundial, y en muchos otros conflictos desde entonces, “[...] *los civiles han sido las principales víctimas de la guerra. Si bien es cierto que siempre han sufrido en épocas de guerra, el brutal impacto de la Segunda Guerra en la población civil, donde se perpetraron exterminios en masa, ataques indiscriminados, deportaciones, tomas de rehenes, saqueos y detenciones en campos de concentración, los afectó profundamente*⁵⁷. Ya se ha manifestado lo que se piensa del adjetivo de “civil”, pero desde el CICR se presenta a partir del “convenio de los civiles” da cuenta de los cambios en la naturaleza de la guerra al establecer la protección jurídica de toda persona que no perteneciera a las Fuerzas Armadas o a grupos armados. Protección jurídica totalmente desplazada por la protección biológica, del sufrimiento humano de los civiles como su carencia de condiciones de nuda vida aceptables. La protección al prisionero de guerra reivindica, sobre todo, salvaguardarlo de daños a su nuda vida tales

⁵⁷ COMITÉ INTERNACIONAL CRUZ ROJA. *Objetos y personas protegidas por el DIH: civiles*. Disponible en la web: <http://www.icrc.org>

como el homicidio, la tortura, así como contra los tratos crueles, humillantes y degradantes. Empero, estas personas en cuanto han sido detenidas por haber participado en las hostilidades no son inmunes a los procesos penales por esa participación conforme al derecho interno aplicable.

En lo referente a las mujeres se destaca la protección frente a la agresión sexual y los actos que se relaciones con ésta. Además de una prioridad de atención especial a las mujeres embarazadas, cuidadoras de niños o en período de lactancia. Es decir, la mujer en tanto figura biológica de reproducción de la vida. Luego del conflicto armado se concibe a la mujer como la conductora principal de la ayuda humanitaria, del recibimiento de semillas, ganado y herramientas agrícolas para la supervivencia.

4.2.2. El caso específico de la figura del refugiado y el ámbito del exilio

Como punto culmen y de mayor visibilidad de la protección a la persona, y de la conducción de las hostilidades, por parte del DIH, se encuentra la figura del refugiado como categoría – con función particular- a la que Agamben reconoce como causante de la puesta en crisis de la concepción de la relación hombre/ciudadano como redefinición de la ostentación del *corpus* cuando el estado de excepción deviene en regla y paradigma.

Desde los estatutos del DIH se diferencia al refugiado del desplazado. El primero se refiere a las personas que han cruzado una frontera internacional porque corren el riesgo de ser perseguidas o han sido perseguidas en sus países de origen, mientras los segundos, en cambio, no han cruzado una frontera internacional pero, por algún motivo, se han ido de sus hogares. La protección jurídica de los refugiados y el cometido del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) constituyen el marco general para la

protección y la ayuda a los refugiados. Asimismo, los refugiados están protegidos por el derecho de los derechos humanos y, si se encuentran en un Estado que participa en un conflicto armado, por el Derecho Internacional Humanitario. Es el DIH el que garantiza a los refugiados y a los desplazados internos el acceso a la ayuda humanitaria. Las partes en conflicto deben facilitar el suministro de materiales de ayuda tales como medicamentos, alimentos, mantas y tiendas de campaña, la garantía de las condiciones para la vida biológica. A parte del DIH existe específicamente, en el Derecho Internacional, un derecho de los refugiados. No obstante, el DIH y ese derecho de los refugiados se ven conectados por unas interacciones y paralelismos que están en una interdependencia entre ambas ramas del Derecho Internacional, ya que la situación jurídica de una víctima del conflicto armado y la del refugiado, a pesar de sus diferencias, se relacionan estrechamente en la actualidad de un estado de excepción generalizado.

Luego de la Guerra Fría se cree que “[...] *la dinámica geopolítica ha arrojado nueva luz sobre las causas de los movimientos de refugiados y de otros desplazamientos forzados, así como sobre las respuestas y soluciones a esos problemas*”⁵⁸. Los movimientos de refugiados y otros desplazamientos forzados tienen lugar más generalmente en el contexto de conflictos armados o de expulsiones masivas que han sido originadas por el poder político del Estado, es que apela al estado de excepción como forma dominante de gobierno. El carácter extenso de algunas de las situaciones de desplazamiento, que persisten sin encontrar una solución para los refugiados en una de las formas “tradicionales” –la

⁵⁸BRETT, Rachel y LESTER, Eve. *Derecho de los refugiados y derecho internacional humanitario: paralelismos, enseñanzas y perspectivas para el futuro. La opinión de una organización no gubernamental*. Revista Internacional de la Cruz Roja. 20 de septiembre de 2001.

repatriación, la reubicación en un tercer país o la integración local— ha puesto de relieve la falencia del desarrollo de un cuerpo de derecho aplicable sin apelar a su propia suspensión. La cuestión que implica el desarrollo de un pensamiento jurídico aplicable en el ámbito de la protección de los refugiados se presenta tanto a ONGs, como a otros actores humanitarios, ya que entre las ONG la tendencia también ha sido la de trabajar cada una con su propia “corriente” del derecho. Desde el Derecho Internacional se considera que es el momento de aceptar el ahora bien reconocido hecho de que la finalidad de las tres ramas —DIH, ONGs y derecho de los refugiados— es la de fortalecer la protección del ser humano, pero no protección en cuanto a la garantía de sus derechos como ciudadanos ante un Estado en el mundo, sino previniéndolos del sufrimiento del daños a su vida biológica y las condiciones de ésta en tanto son “civiles”. Esto testimonia el umbral de indiferencia entre ida biológica y vida política que ha permitido, en el DIH, “[...] *las intervenciones militares por motivos humanitarios, en que las operaciones bélicas se proponen fines biológicos, como la alimentación de las poblaciones o el control de las epidemias*”⁵⁹. Se fortalece la concepción de un derecho, interno e internacional, que pretende decidir sobre la vida, en el cuerpo de en una vida que coincide con la muerte.

Agamben resalta que Hannah Arendt es quien pasó a proponer la categoría de refugiado como paradigma de una nueva consciencia histórica. En la indetenible decadencia del Estado-nación —que si bien está en expansión como ficción no es inmune a la crisis— y en el desgaste de las categorías jurídico-políticas tradicionales, el refugiado es la única figura del *pueblo* hoy en día; figura que permite vislumbrar las formas y los límites de la comunidad política. Esto se corresponde con el hecho de que en el derecho del Estado-

⁵⁹ AGAMBEN, Giorgio. *El poder soberano y la nuda vida (Homo Sacer I)*. Traducción de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 2006.

nación es inconcebible un estatuto estable del “hombre en sí”. Como lo vislumbra Agamben, si se quiere hacer frente al contexto que se nos presenta, es preciso que se abandonen conceptos fundamentales que hasta ahora han representado a los sujetos de lo político: el hombre, el ciudadano, sus derechos, el pueblo trabajador o el pueblo soberano, etc. Se debe reconstruir la filosofía política desde la figura única del refugiado⁶⁰. La distinción entre desplazados, apátridas y refugiados es hoy, más que nunca, una difícil tarea. Ya desde la Primera Guerra Mundial (muchos Estados europeos introdujeron leyes que conllevaban a la desnaturalización y desnacionalización de sus propios ciudadanos.

Para el DIH el fenómeno de los refugiados representa ya un caso de masas. Es aquí cuando las organizaciones internacionales y los Estados, a pesar de las incólumes invocaciones a los derechos individuales del hombre, se han mostrado con capacidades insuficientes para resolver y afrontar este problema. La cuestión, tal y como lo reseña Agamben, se ha ido transfiriendo a métodos e instituciones policivas y organizaciones humanitarias. Los derechos del hombre, del civil, representan tan sobre todo la figura originaria de la inscripción de la nuda vida natural en el orden jurídico-político del Estado-nación.

El refugiado representa, no sólo en el orden jurídico del Estado-nación sino también del orden jurídico nacional que éste origina y sostiene, un elemento clave en tanto rompe con las identidades dicotómicas entre hombre y ciudadano, entre nacimiento y nación, poniendo en crisis la ficción originaria de la soberanía y al principio del mismo Estado-nación. En ambos ordenamientos jurídicos los derechos del hombre ya no son derechos del ciudadano. Así, el hombre se hace realmente sagrado en la dinámica de la apropiación de la vida

⁶⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Medios sin fin. Notas sobre la política*. Óp. Cit., p. 22.

a manos del derecho en términos del derecho romano arcaico de la consagración a la muerte. El refugiado se presenta en Agamben como el concepto-límite que coadyuva a la crisis radical del Estado-nación y que permite al tiempo limpiar el terreno para la renovación categorial que se hace incesante en el marco de una masa residente de no-ciudadanos que se presenta ante los Estados industrializados y que se resisten a ser naturalizados o repatriados. La salida que propone Agamben, en contra de las fronteras geográficas, es de la formación de comunidades políticas en situación de mutuo éxodo y articuladas por extraterritorialidades en reciprocidad cuyo concepto-guía sea el *refugium* del individuo.

Por medio de la figura del *homo sacer* y de la concepción de la nuda vida, planteadas por Agamben, se pueden poner en evidencia las paradojas y limitaciones de la figura del refugiado a través perspectiva biopolítica de su problemática. Por medio de la figura del refugiado, Agamben muestra las paradojas de la política moderna poniendo en cuestión las categorías de ciudadanía, nacionalidad, Estado de derecho y derechos humanos de las democracias liberales. Acudiendo inicialmente a un análisis de los planteamientos de Arendt en *Los Orígenes del Totalitarismo* (1951), Agamben arguye que con la aplicación de las leyes de desnacionalización por parte de los Estados europeos se presentó un salto cualitativo en relación a los anteriores conflictos y situaciones de los exiliados. Ahí fue donde se hizo visible una escisión entre ciudadanos y hombres.

En la Modernidad, a partir de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) —donde se establecieron los principios universales de libertad y de igualdad ante la ley para todos los individuos—, los Estados han regulado la lógica de inclusión a través del vínculo entre nacimiento, territorio y Estado. Esta relación incluyó en el orden democrático la distinción entre quiénes son nacionales y quiénes no lo son. Se “[...] inscribe el nacimiento en el corazón mismo del Estado

*y se le atribuye la soberanía a la Nación, produciendo políticamente la indistinción entre esos dos momentos*⁶¹.

Para Agamben esa escisión inherente al orden político moderno se visibilizó con la aparición de masas de sujetos desnacionalizados, marcando un clave punto de inflexión en la vida de los Estados-nación y su definitiva emancipación de la noción de pueblo y ciudadano. Por esta línea, lo novedoso de nuestro contexto es que cada vez más una parte de la humanidad no puede ser representada en la ficción del Estado nación. Para Arendt, la aparición en la escena europea de individuos y pueblos que habían perdido los derechos elementales y la protección por parte de las naciones visibilizó la ficticia identificación de los derechos del hombre con los derechos de los pueblos⁶². La mera humanidad de los individuos desplazados (refugiados y apátridas) y la carencia de todo vínculo con una comunidad política hicieron de ellos una población —superflua y prescindible.

Desde el pensamiento de Agamben, el análisis de Arendt no llegó al fondo de la cuestión acerca del vínculo estrecho entre los derechos del hombre y los derechos del ciudadano por carecer de una perspectiva biopolítico. Es por esto que Agamben retoma en su trabajo el concepto del biopoder que dio Foucault. Fue éste quien sintetizó el proceso por medio del cual la vida natural empieza a ser incluida en los cálculos del Estado y deviene en biopolítica: *“Durante milenios, el hombre siguió siendo lo que era para Aristóteles: un animal viviente y además capaz de existencia política; el hombre moderno es un animal en cuya política está puesta en entredicho su vida*

⁶¹ AGAMBEN, *El poder soberano y la nuda vida (Homo Sacer I)*. Óp. Cit., p. 162.

⁶² ARENDT, Hannah. Los orígenes del totalitarismo. Buenos Aires, Taurus, 2004. p. 369.

*de ser viviente*⁶³. De esta manera se inscribió en el Estado, y en otras instituciones políticas y sociales, la función esencial de hacer cargo de la vida (individual y colectiva), de ordenarla, multiplicarla, compensar sus riesgos y delimitar sus oportunidades y posibilidades biológicas.

Tanto para Foucault como para Agamben el poder es, sobre todo, poder sobre la vida y encuentra su realización en las relaciones de dominación en tanto relaciones de inclusión/exclusión en una comunidad política. Qué individuos y cuáles aspectos de la vida quedan protegidos; cuáles y en qué grado son expulsados. Agamben estudió en lazo existente entre el modelo jurídico y el modelo biopolítico de poder, argumentando la hipótesis de que soberanía y biopolítica son inseparables ya que la producción de un cuerpo político sería la aportación original del poder soberano. Para solidificar dicha afirmación es que Agamben ha recuperado la definición aristotélica de la polis que se centra en la oposición entre *zoe* y *bios*; la implicación de la nuda vida en la vida políticamente cualificada. De esta forma, según Agamben, a través de la proclamación de los derechos del hombre, la nuda vida (*zoe*) se convierte en objeto inmediato del ejercicio del poder soberano. Entonces, lo característico de los Estados modernos es la creciente tendencia de lo político a apoderarse de la vida que ha de ser producida para tal fin. La política y la ciudadanía moderna se han basado, así, en que tales conceptos no se han fundado en lo que muchos teóricos liberales han llamado la "libertad", sino que se enfatizan en la inclusión/exclusión de la nuda vida en la ciudad. Es esta vida desnuda la que toma el primer lugar en cuidado del Estado.

Como considera Agamben, la proclamación de libertad e igualdad de todos los ciudadanos, que define el marco

⁶³ FOUCAULT, M. *Historia de la sexualidad 1. La voluntad de saber*. México, Siglo XXI, 1991. p. 173.

normativo de lo político en la modernidad, representa una entronización de la vida biológica natural como valor absoluto a garantizar ante el poder del soberano. La política moderna se presenta como defensa y promoción de la vida de los ciudadanos. Ningún otro título ha de ser necesario, más que la posesión de la vida, el nacimiento para convertirse en sujeto de derechos, que son proclamados como derechos del hombre. No obstante, realmente dichos derechos representan “[...] *la figura originaria de la inscripción de la nuda vida natural en el orden jurídico-político del Estado-nación*”⁶⁴

Agamben se detiene en la figura del refugiado precisamente para pensar la lógica de la inclusión/exclusión que opera en y por el concepto de soberanía; la vida se halla incluida en la escena política y jurídica pero al mismo tiempo puede estar destinada a la muerte, a la marginalidad, a la discriminación, sin que este hecho sea sancionado. Esto no habría sido posible si la política no se hubiera constituido integralmente como biopolítica. Esa nuda vida incluida políticamente en el núcleo originario del poder soberano, es el punto oculto en el cual confluyen el modelo jurídico institucional y el modelo biopolítico del poder. Es así como el propio Estado, la guerra y la violencia han instaurado una nueva realidad caracterizada por la condición de exclusión que convierte al hombre en un hombre sin derechos, despojado de su humanidad, haciendo nula su existencia y transformándolo en objeto utilizable y eliminable.

En este punto es que se introduce el concepto del *homo sacer* por parte de Agamben, como concepto que representa una figura penal del antiguo derecho romano que consistía en entregar a los dioses a aquel individuo que cometía delitos públicos y violaba la ley sagrada. Esa consagración implica la

⁶⁴ AGAMBEN, *El poder soberano y la nuda vida (Homo Sacer I)*. Óp. Cit., p. 25.

muerte, pero no por eso representaba un sacrificio o un homicidio. Es decir, la vida humana era incluida en el orden jurídico, únicamente por la posibilidad de darle muerte sin que dicho acto sea punible. Esta figura paradójica implica la pertenencia a la divinidad pero a su vez el destierro de la comunidad terrenal. El *homo sacer* significa una doble exclusión en la que se encuentra apresado tanto por el derecho divino como por el derecho humano. Es en esta situación donde para Agamben se funda el poder soberano, ya que lo que queda atrapado en esa doble excepción (inclusión/exclusión) es la vida humana a la que puede darse muerte, pero que es insacrificable. Claramente, el sentido político que cobran las críticas punzantes del filósofo italiano sobre los refugiados y su (im)posible protección lleva a pensar si en definitiva Arendt y Agamben no concuerdan en vislumbrar a los refugiados como “hombres sin derechos”. La respuesta es afirmativa. Es más, se podría decir que la idea de los “sin derechos” es un antecedente de la figura que visualiza Agamben, quien, siguiendo la línea argumentativa de Arendt e incorporando la biopolítica foucaultiana, sostiene que los refugiados, quienes deberían encarnar los derechos del hombre por excelencia, son los que constituyen, en cambio, la crisis radical de ese concepto. En el caso de Agamben, esta crítica se hace extensiva a los DDHH, y puede llevarse al DIH, ya que un estatus permanente de hombre, con valor en sí mismo y más allá de sus particularidades, es inconcebible bajo la lógica soberana.

Para Agamben, el relato arendtiano sigue siendo relevante y vigente en el actual contexto de inevitable decadencia de los Estados nacionales, de la guerra global contra el terrorismo, y de las ya instaladas categorías jurídicas que apoyan un estado de excepción permanente, porque el refugiado es quizás la única figura imaginable de pueblo en nuestros

días⁶⁵. En ella se puede percibir las formas y los límites de la comunidad política por venir porque la presencia de refugiados define el umbral constitutivo de la identidad – artificial- de un “nosotros”, de un *pueblo*. Es de esta forma como la presencia de refugiados cuestiona la tríada ciudadanía-nacionalidad-territorio al mantener únicamente un vínculo de exclusión inclusiva con la comunidad que lo ha expulsado y con la comunidad que lo recibe. Los refugiados e inmigrantes hacen visible con su sola presencia en el territorio de los Estados tanto la diferencia entre nacimiento y nación como el fundamento secreto de la biopolítica: la nuda vida, expuesta permanentemente a la amenaza de ser desposeída de todo derecho.

No creemos que, luego de las demostraciones que nos han dado las Guerras Mundiales y la postura de las potencias occidentales en el marco de la guerra contra el terrorismo, que el tratamiento de los refugiados es claramente político, ni que “[...] *La problematización de los refugiados por parte de los Estados y de la comunidad internacional en la segunda posguerra y en adelante implicó una toma de conciencia, una postura diferente en relación al rol del Estado frente a los individuos*”⁶⁶. Como bien aclara Agamben, la condición de refugiado es temporaria y las declaraciones sobre sus derechos poseen carácter humanitario, social y apolítico.

El Estado asumió obligaciones en materia de derechos humanos frente a todas las personas que se encuentran bajo

⁶⁵ AGAMBEN. *We Refugges*. . The European Graduate School. Graduate & Postgraduate School. [En línea]. 1994. Disponible en la web: <http://www.egs.edu/faculty/giorgio-agamben/articles/we-refugees/>. Traducción libre del autor.

⁶⁶ MORALES, Pamela. “*La figura del refugiado: tensiones y paradojas entre la praxis jurídica y la exclusión socio-política*”. Directores: Susana E. Villavicencio y Marcelo Raffin. Tesis de Maestría en Ciencia Política y Sociología, Facultad Latinoamericana en Ciencias Sociales (FLACSO), 2010. p. 115.

su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad o ciudadanía. Pero, así como considera Agamben, esto no fue más que otra demostración por parte de las democracias modernas de reivindicar una liberación de la vida nuda (*zoe*) y transformar esa vida en una forma-de-vida, en existencia política (*bios*), encontrar el *bios* de la *zoe*.

Agamben permite la reflexión de distinguir a los refugiados como laboratorios de poder. Los actuales campos de refugiados implicarían llevar al máximo la lógica de la seguridad, que se convierte en categoría política central. La vida en los campos de refugiados vuelve lo transitorio en permanente y resulta muy difícil pensar que allí se están experimentando nuevas condiciones de vida cuando las únicas formas de vida que se hacen presentes son las residuales. El tratamiento de los refugiados, su posible detención y el encierro en campos son productos de gestiones biopolíticas y lógicas soberanas aún imperantes: formas de dosificar la muerte exponiendo a riesgos vitales extremos, fragilizando a determinados sujetos y estableciendo espacios de marginalidad extrema destinada a individuos que supuestamente atentan contra el crecimiento y progreso de la comunidad política. La vida en los campos de refugiados vuelve lo transitorio en permanente y resulta muy difícil pensar que allí se están experimentando nuevas condiciones de vida cuando las únicas formas de vida que se hacen presentes son las residuales. El tratamiento de los refugiados, su posible detención y el encierro en campos son productos de gestiones biopolíticas y lógicas soberanas aún imperantes: formas de dosificar la muerte exponiendo a riesgos vitales extremos, fragilizando a determinados sujetos y estableciendo espacios de marginalidad extrema destinada a individuos que supuestamente atentan contra el crecimiento y progreso de la comunidad política.

Estas situaciones nos permiten pensar que la figura del refugiado nos compromete a abordar un cuestionamiento

sobre la soberanía y sobre las diversas biopolíticas que confluyen en el contexto global que hacen que, por un lado, la inclusión jurídico-política haya llevado a plantear algunas respuestas positivas sobre la posible protección de los refugiados. Por el otro, sin caer en la ingenuidad, nos enfrentamos al privilegio soberano de los Estados a la hora de determinar quiénes son refugiados y quiénes no, quiénes pueden alcanzar algún tipo de protección y quiénes son condenados a la oscuridad, a la extranjería permanente; quiénes son combatientes, quiénes son terroristas.

El refugiado pone en relieve los límites de la tríada moderna que solo puede ser mantenida por medio de un control cada vez más riguroso y violento de los movimientos y desplazamientos de individuos que contrasta con la liberalización operada en relación a la circulación de capitales, tecnología e información. De mantenerse intacto el vínculo entre ciudadanía, nacionalidad y territorio, los refugiados siempre dependerán de una protección externa ofrecida desde una soberanía¹¹⁰ a la que no pertenecen y que puede cancelar en cualquier momento el ofrecimiento. Como contraparte de este proceso, el Estado se constituye, entonces, a partir del control de las fronteras, del derecho de asilo y del rechazo a la inmigración instituyendo una operación política-jurídica de exclusión ligada a la soberanía.

Como afirma Agamben, dado que las declaraciones de derechos en torno a los refugiados sólo establecen un estatuto humanitario temporal y que los organismos internacionales no sólo poseen deficiencias para encarar el problema sino también, a nivel nacional, los Estados se desligan de sus obligaciones, quedando la gestión en manos de la policía, es menester recobrar la pregunta por el sentido político de esta problemática. Es decir, cómo se puede trascender la violencia que da lugar a las identidades y a las fronteras, sin dejar de pensar en la importancia, por un lado,

de la dimensión de los derechos como herramienta estratégica para instalar nuevas opciones de protección para los refugiados, y por el otro, de la dimensión política para establecer una nueva relación con el otro, es decir, reconocer la conflictividad propia de la política más allá del registro de la exclusión.

La Modernidad trajo consigo la costumbre frente a figuras jurídico-políticas, tanto constitucionales como en la jurisdicción internacional, de “formas de exilio” por medio de la categoría de los derechos del hombre. Por otra parte, señala Agamben, *ius exilii*, era, en el derecho romano, el término técnico que designaba el derecho de una *civitas foederata*, de conceder la ciudadanía a un ciudadano romano que, de esta manera, perdía la propia, “se exiliaba”⁶⁷. Según Agamben, en nuestra contemporaneidad cualquier aproximación al problema del exilio debe empezar ante todo por cuestionar la asociación que se suele establecer entre la cuestión del exilio y la de los derechos del hombre. En el sistema del Estado-nación los llamados derechos sagrados e inalienables del hombre aparecen desprovistos de toda tutela y realidad precisamente en el momento en que no es posible configurarlos como derechos de los ciudadanos de un estado. Bien mirado, ello está implícito en la ambigüedad que entraña el título mismo de la declaración de 1789: Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde no queda claro si los dos términos nombran dos realidades autónomas o forman, en cambio, un sistema unitario en el que el primero ya está siempre contenido y oculto en el segundo, y, en este último caso, qué clase de relación existe entre ellos.

Nos muestra Agamben⁶⁸ cómo en la segunda posguerra, el énfasis instrumental en los derechos del hombre y el

⁶⁷ AGAMBEN. *Política del exilio*. Traducción de Dante Bernardi. Archipiélago. En: Cuadernos de crítica de la cultura. Barcelona, 1996, N° 26-27. p. 41.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 42.

multiplicarse de las declaraciones y convenciones en el ámbito de organizaciones supranacionales acabaron por impedir una comprensión auténtica del significado histórico del fenómeno. Sin embargo, ha llegado el momento de dejar de ver las declaraciones de los derechos como proclamaciones gratuitas de valores eternos metajurídicos, que tienden –a decir verdad, sin mucho éxito- a vincular al legislador al respeto por unos principios éticos eternos, para considerarlas según la que es su función histórica real en la formación del moderno Estado-nación:

“Las declaraciones de los derechos representan la figura originaria de la adscripción de la vida natural al ordenamiento jurídico-político de la Nación-Estado. Aquella desnuda vida natural, que, en el antiguo régimen, era políticamente indiferente y pertenecía, en tanto que criatura, a Dios y, en el mundo clásico, era (al menos en apariencia) claramente distinta como zoe de la vida política (bios.), entra ahora en primer plano en la estructura del estado y hasta se convierte en el fundamento de su legitimidad y soberanía”⁶⁹.

Una evaluación del texto de la declaración de 1789, arguye Agamben, muestra un efecto que es específicamente que la desnuda vida natural, el mero hecho el nacimiento, se presenta como fuente y portador de derecho. Empero, la vida natural que, al inaugurar la biopolítica de la Modernidad, viene a formar la base del ordenamiento, se diluye inmediatamente en la figura del ciudadano, en el que los derechos se “conservan”. Y precisamente porque ha puesto lo nativo en el corazón mismo de la comunidad política, llegado a este punto, la declaración puede atribuir la soberanía a la “nación”. Así, denota Agamben, con la nación,

⁶⁹ *Ibid.*, p. 43.

que etimológicamente deriva de *nascere* (en latín, nacido), se cierra el círculo abierto por el nacimiento del hombre.

Las declaraciones de derechos han de verse como el lugar en el que se ha llevado el paso de la soberanía real de origen divino a la soberanía nacional. Aquéllas aseguran la *exceptio* de la vida en el nuevo orden del Estado que deberá seguir a la caída del *ancien régime*. Que el “súbdito”, a través de ellas, se transforme, como se ha observado, en “ciudadano” significa que el nacimiento, es decir, la desnuda vida natural en cuanto tal, se convierte aquí por primera vez –con una transformación cuyas consecuencias biopolíticas tan sólo hoy podemos empezar a apreciar- en el portador inmediato de la soberanía. El principio de nacimiento y el de soberanía, separados en el antiguo régimen se unen ahora irrevocablemente en el cuerpo del “sujeto soberano” para constituir el fundamento del Estado-nación moderno. Para Agamben no es posible No se puede comprender la evolución y la vocación “nacional” y biopolítica del estado moderno en los siglos XIX y XX si se olvida que lo que lo fundamenta no es el hombre como sujeto político libre y consciente, sino, ante todo, su vida desnuda, el simple nacimiento, que, en el paso del súbdito al ciudadano, queda investida en cuanto tal del principio de soberanía. La ficción aquí implícita es que el nacimiento se convierte inmediatamente en nación, de modo que entre los dos términos no pueda haber ninguna diferencia. Los derechos se atribuyen al hombre –o emanan de él- tan sólo en la medida en que éste es el fundamento del concepto de ciudadano, fundamento destinado a disiparse directamente en este último.

Así como anota Agamben, sólo comprendiendo esta función histórica esencial que desempeñan las declaraciones de los derechos pueden entenderse también su desarrollo y metamorfosis a lo largo del siglo XX y en lo acaecido hasta el momento en la coyuntura de la guerra contra el terrorismo por parte de las potencias occidentales. En el momento en que,

tras alterarse el orden geopolítico de Europa debido a la Primera Guerra Mundial, la diferencia suprimida entre nacimiento y nación, en cuanto tal, sale a la luz y el Estado-nación entra en una crisis duradera, aparecen el fascismo y el nazismo, es decir, dos movimientos biopolíticos en sentido propio, que hacen de la vida natural el lugar por excelencia de la decisión soberana. Agamben afirma que estamos acostumbrados a compendiar en el sintagma “tierra y sangre” (*Blut und Boden.*) la esencia de la ideología nacional-socialista. No obstante, también remarca que demasiado a menudo se ha olvidado que esta fórmula políticamente tan determinada tiene en realidad un origen jurídico inocuo, pues no es más que la expresión sintética de los dos criterios que, ya a partir del derecho romano, sirven para identificar la ciudadanía –es decir, la adscripción primaria de la vida al orden estatal-: *ius soli* (el nacimiento en un determinado territorio) y *ius sanguinis* (el nacimiento de padres ciudadanos). Estos dos criterios jurídicos tradicionales, que en el antiguo régimen no tenían un significado político esencial porque expresaban sólo una relación de sumisión adquieren, ya con la Revolución Francesa, una nueva y decisiva importancia. La ciudadanía ahora no se identifica simplemente con una genérica sumisión a la autoridad real o a un determinado sistema de leyes, ni encarna simplemente el nuevo principio igualitario. Más bien nombra el nuevo estatuto de la vida como origen y fundamento de la soberanía e indica casi literalmente. De ahí la centralidad –y ambigüedad- de la noción de “ciudadanía” en el pensamiento moderno. Empero, de ahí también el multiplicarse, ya a lo largo de la Revolución, de las disposiciones normativas tendentes a precisar qué hombre era ciudadano y qué hombre no, y a estructurar y reducir gradualmente el círculo del *ius soli* y del *ius sanguinis*. Lo que hasta entonces no había representado un problema político sino tan sólo un tema de los que se debatían en las antropologías filosóficas, ahora empieza a convertirse en una cuestión política

esencial, sujeta, como tal, “...a una constante labor de redefinición, hasta que, con el nacionalsocialismo, la respuesta a la pregunta «¿Quién y qué es alemán?» (Y por ende también: «¿Quién y qué no lo es?») coincide sin más con la tarea política suprema”⁷⁰.

Tal como asevera Agamben fascismo y nazismo fueron, sobre todo, una redefinición de las relaciones entre el hombre y el ciudadano y, por más que ello pueda parecer paradójico, sólo pueden entenderse completamente si se sitúan en el trasfondo biopolítico inaugurado por la soberanía nacional y las declaraciones de los derechos. El que los refugiados – cuya cantidad no deja de crecer, y menos con las consecuencias que trajeron las intervenciones militares de las potencias occidentales en su guerra contra el terrorismo– represente en el ordenamiento del Estado-nación moderno, un elemento tan inquietante, es debido sobre todo a que, al romperse la continuidad entre hombre y ciudadano, entre nacimiento y nacionalidad, ellos ponen en crisis la ficción originaria de la soberanía moderna. Al desvelar la diferencia entre nacimiento y nación, por un momento el refugiado hace que aparezca en la escena política aquella vida desnuda que constituye su premisa secreta.

En efecto, a partir de la Primera Guerra Mundial el nexo nacimiento/nación ya no fue capaz de desempeñar su función legitimadora dentro del Estado-nación, y se comenzó a apreciar una separación irreversible entre los dos términos. Junto al desbordamiento por la escena europea de refugiados y apátridas, el fenómeno más importante desde esta visión es la introducción contemporánea, en el ordenamiento jurídico de las potencias de Occidente, de normas que permiten la desnaturalización y desnacionalización masiva de sus propios ciudadanos. La doctrina que hoy aplica EE.UU. inició ya a principios del s. XX: en 1915 en Francia, respecto a los

⁷⁰Ibíd., p. 45.

ciudadanos naturalizados de origen “enemigo”; en 1922 Bélgica siguió su ejemplo y revocó la naturalización de los ciudadanos que habían cometido “actos antinacionales” durante la guerra; en 1926 el régimen fascista italiano promulgó una ley análoga contra los ciudadanos que se habían mostrado “indignos de la ciudadanía italiana”; en 1933 le tocó a Austria y así sucesivamente, hasta que las leyes de Núremberg sobre la “ciudadanía del Reich” y la “protección de la sangre y el honor alemán” llevaron al extremo este proceso, dividiendo a los ciudadanos alemanes en ciudadanos de pleno derecho y en ciudadanos de segunda categoría e introduciendo el principio de que la ciudadanía era algo de lo que era necesario hacerse digno y que, por tanto, siempre podía ponerse en discusión. *“Y una de las pocas reglas que los nazis observaron constantemente a lo largo de la «solución final» consistía en que no se podía enviar a los judíos a los campos de exterminio sin antes haberles desnaturalizado completamente –incluso de la ciudadanía restante que les correspondía después de las leyes de Núremberg”*⁷¹.

Estos dos fenómenos, por otra parte íntimamente relacionados, muestran que el nexo nacimiento/nación en el que la declaración del 1789 fundó la nueva soberanía popular ya había perdido su automatismo y poder de autorregulación. De un lado, los Estados-nación realizan una nueva inversión masiva en la vida natural, porque distinguen en su seno entre una vida por así decirlo auténtica y una vida desnuda desprovista de todo valor político; del otro lado, los derechos del hombre, que sólo tenían sentido como premisa de los derechos del ciudadano, se separan progresivamente de éstos y se utilizan fuera del contexto de la ciudadanía con el supuesto fin de representar y proteger una vida desnuda que cada vez más se ve expulsada hacia los márgenes de los

⁷¹ *Ibid.*, p. 46.

Estados-nación para ser luego recodificada en una nueva identidad nacional. El carácter contradictorio de estos procesos es sin duda una de las causas que han determinado el fracaso de los esfuerzos de tantos comités y organismos mediante los cuales los estados, la Sociedad de las Naciones y, más tarde, la ONU y el CICR han tratado de hacer frente al problema de los refugiados y la salvaguardia de los derechos humanos, cuya actividad según el estatuto no puede tener carácter político, sino “únicamente humanitario y social”. De todas formas, lo esencial es que cada vez que los refugiados dejan de representar casos individuales para convertirse, como ya ocurre cada vez con más frecuencia, en un fenómeno masivo, tanto estas organizaciones como cada estado, pese a las solemnes apelaciones a los derechos “sagrados e inalienables” del hombre, se han mostrado por completo incapaces no sólo de solucionar el problema, sino incluso simplemente de afrontarlo de manera adecuada. Es preciso, nos denota Agamben, separar netamente los conceptos de refugiado, exiliado, apátrida del de “derechos humanos” y tomar en serio las tesis de Arendt, quien ligaba la suerte de los derechos a la del Estado-nación, de modo que el ocaso de éste supone el decaimiento de aquéllos. El refugiado y el exiliado deben considerarse por lo que son, es decir, ni más ni menos que un concepto límite que pone en crisis radical las categorías fundamentales del Estado-nación, desde el nexo nacimiento/nación hasta el de hombre-ciudadano, y que por lo tanto permite despejar el camino hacia una re-novación de categorías ya improrrogable, que cuestiona la misma adscripción de la vida al ordenamiento jurídico.

La figura del exilio, por su parte, en su figura arquetípica en el derecho grecorromano no es reductible a las dos grandes categorías en las que puede dividirse el ámbito jurídico desde el punto de vista de las situaciones subjetivas, o sea, de los derechos y las penas. En este sentido la hipótesis a la que apunta Agamben es que “...*si el exilio parece rebasar tanto el*

*ámbito luminoso de los derechos como el repertorio sombrío de las penas y oscilar entre el uno y el otro, ello no se debe a una ambigüedad inherente a él, sino a que se sitúa en una esfera —por decirlo así— más originaria, que precede a esta división y en la que convive con el poder jurídico-político. Esta esfera es la de la soberanía, del poder soberano*⁷². Aquí mismo se erige la cuestión sobre cuál es el lugar propio de la soberanía: Si el soberano, como ya se ha remarcado en el pensamiento de Schmitt, es quien puede proclamar el estado de excepción y así suspender “legalmente” la validez de la ley, entonces el espacio propio de la soberanía es un espacio paradójico, que, al mismo tiempo, está dentro y fuera del ordenamiento jurídico. En efecto, ¿qué es una excepción? Es una forma de exclusión. Es un caso individual, que queda excluido de la norma general. Sin embargo, lo que caracteriza a la excepción es que el objeto de exclusión no está simplemente desligado de la ley; al contrario, la ley se mantiene en relación con él bajo la forma de la suspensión. La norma se aplica a la excepción “desaplicándose”, retirándose de ella. La excepción es realmente, según una etimología posible del término (*ex-capere*.), cogida desde fuera, incluida a través de su misma exclusión.

Siguiendo a Jean-Luc Nancy, Agamben propone llamar *bando* (destierro, del antiguo germánico que designa tanto la exclusión de la comunidad como el mando y la insignia del soberano) a esta relación entre la norma y la excepción que define el poder soberano. Quien en este sentido es *desterrado* no sólo está excluido de la ley, sino que está se mantiene en relación con él *a-bandonándole*⁷³. Así, al igual que del soberano tampoco el *bandito* (desterrado, en el sentido más amplio que incluye al exiliado, al refugiado, al apátrida) puede saberse si está fuera o dentro del

⁷²Ibíd., p. 48.

⁷³Ibíd., p. 48.

ordenamiento jurídico. El exilio no es, entonces una relación jurídico-política marginal, sino la figura que la vida humana adopta en el estado de excepción, es la figura de la vida en su inmediata y originaria relación con el poder soberano. Por eso no es ni derecho ni pena, no está ni dentro ni fuera del ordenamiento jurídico y constituye un umbral de indiferencia entre lo externo y lo interno, entre exclusión e inclusión. Esta zona de indiferencia, en la que el exiliado y el soberano comunican mediante la relación de bando, constituye la relación jurídico-política originaria, más original que la oposición entre amigo y enemigo que, según vimos con Schmitt, define la política. El sentimiento de extrañamiento de quien está en el bando del soberano es más extraño que toda enemistad y todo sentimiento de extrañamiento y, al mismo tiempo, más íntimo que toda interioridad y toda ciudadanía.

Para Agamben el antecedente más directo de la metáfora de la vida filosófica como exilio se halla en el pasaje de la Política en el que Aristóteles define como “extranjero” el *bios* del filósofo al plantear qué *bios* es preferible, la vida de participación en la política (*sympoliteúesthai*) y en la comunidad civil de la ciudad, o bien la extranjera y desligada de la comunidad política (1324a 15–16). Aquí la vida filosófica está comparada con la del extranjero, que en la polis griega no podía hacer política ni participar de manera alguna en la vida de la ciudad -al igual que el exiliado, carecía de derechos políticos). La condición del *ápolis*, de quien está desligado de toda comunidad política, les resultaba los griegos especialmente inquietante –y, precisamente por ello, a la vez subhumana y sobrehumana. En la tradición de la filosofía griega, el apátrida y el exiliado no eran, pues, figuras de carácter neutral:

“Con una inversión atrevida, la verdadera esencia política del hombre ya no consiste en la simple adscripción a una comunidad determinada, sino que coincide más bien con aquel elemento inquietante

que Sófocles había definido como «superpolítico–apátrida». Visto desde esta perspectiva, el exilio deja de ser una figura política marginal para afirmarse como un concepto filosófico–político fundamental, tal vez el único que, al romper la espesa trama de la tradición política todavía hoy dominante, podría permitir replantear la política de occidente»⁷⁴.

La supervivencia política sería posible en la medida que sea pensada en un terreno donde los espacios de los Estados-nación se hayan desmontado y también deformados en pro del auto-reconocimiento del ciudadano como refugiado, categoría única, en nuestra coyuntura del *pueblo*. Concepto tal, *pueblo*, en el que se reconocen las binas categoriales que definen la estructura política original: nuda política (*pueblo*) y existencia (*Pueblo*), exclusión e inclusión, *zoe* y *bios*; o desde el circuito de la comunicación y el lenguaje, *logos* y *phone*⁷⁵. El pueblo, según Agamben, lleva en sí la fractura biopolítica fundamental: lo que no puede ser incluido en el todo del que hace parte y no puede pertenecer al conjunto en el que ya está incluido siempre. Entonces, el tiempo al que atendemos hoy es el del intento de suprimir la división que aqueja al *pueblo*, el de terminar de manera radical a la existencia del pueblo de los excluidos. Una política que supere la escisión biopolítica de Occidente –aquella sostenida por el estado de excepción imperante y la guerra global contra el terrorismo-, podrá finiquitar la guerra civil que divide a los pueblos y ciudades, la guerra global contra el terrorismo que planea recrudecer y mantener esa división.

⁷⁴Ibíd., p. 52.

⁷⁵RANCIÈRE, Jaques. El Desacuerdo: filosofía y política. Traducción de Horacio Pons, Buenos Aires, Nueva Visión, 1996.

5. CONCLUSIONES

Tal vez pueda ser cuestionada la proposición de que las potencias occidentales han construido y moldeado por sí solas (en sus gobiernos cooptados) y de forma completa, a través de su *iuspoder* y *logopoder*, la normatividad del Derecho Internacional Público y, así, del DIH y del DIDH. Pero lo que sí es innegable es que, en el marco de la guerra global contra el terrorismo –así como luego de la Segunda Guerra Mundial-, han sido ellas (especialmente EE.UU.) quienes han determinado los temas, conceptos y puntos centrales alrededor de los cuales se han desarrollado (por medio de acciones de moldeamiento) la conformación y aplicación del DIH, que ha sucumbido a la excepcionalidad como forma de gobierno permanente en un estado de guerra global contra el terrorismo (ilocalizable e interminable) erigido por las potencias de Occidente, quienes han quebrantado sin sanciones ese cuerpo del DIP, especialmente en lo referente a la población civil que no participa en las hostilidades: para EE.UU., por ejemplo, cualquier persona puede ser un “enemigo ilegal combatiente”; es éste el que representa la vida biológica sacrificable en la cruzada antiterrorista. El DIH debería aplicarse siempre en medio de un estado de conflicto armado, de guerra, es decir, una situación excepcional si se asume que la normalidad es un estado de paz. En un estado de guerra permanente, como el que demuestra la guerra contra el terrorismo, el DIH debería aplicarse cabalmente y sin parcializaciones, ni excepciones. Es justamente esto lo que no ha ocurrido en lo absoluto.

Si bien no tratamos de argumentar la existencia de una declarada negligencia de los organismos internacionales que apuntan a la regulación y aplicación del DIH, sí afirmamos que se atiende a una carencia (no aleatoria ni contingente) de fortaleza, concreción y eficacia en sus estructuras y capacidades, para evitar que sus mecanismos sean susceptibles a la instrumentalización, funcionalización o invisibilización por parte de los Estados (que en el derecho

internacional son los máximos aplicadores, garantes y reguladores del DIH) política y militarmente más poderosos. Las potencias abusan del recurso retórico determinista (en documentos oficiales, leyes, políticas y en los medios de comunicación) del señalamiento parcial y unilateral de los lugares donde consideran que los Derechos Humanos no son respetados. Abordan estos lugares y llegan bombardeando, profiriendo en sus Estrategias de Seguridad Nacional que serán los más comprometidos defensores del DIH y los DDHH, que se constituirán como los paladines de la dignidad humana, mientras que en esas mismas estrategias (como el caso estadounidense) desconocen la jurisdicción de organismos como la CIJ sobre sus fuerzas armadas. Un país donde no hay libre empresa, libertad y elecciones democráticas a la manera del paradigma occidental, como Irak, es invadido por EE.UU. en nombre del derecho de los iraquíes a tener una sociedad democrática y en mejores condiciones. Pero en realidad es una forma de imperialismo que se disfraza de humanitarismo. La diferenciación que han hecho los dos últimos presidentes estadounidenses entre la guerra de guerrillas y el terrorismo es difusa. Se tiende a considerar que todo movimiento armado de resistencia es, por definición, "terrorista". Se avala la de subjetivación jurídica y política de todo aquel que sea señalado como beligerante, creando una categoría de meras vidas biológicas cuya muerte es necesaria para la salud del sistema internacional. Se impone la adopción de un control biopolítico de las poblaciones como forma correcta de gobernar para combatir al terrorismo, donde la vida se reduce también a la somera protección de lo biológico. Protección que se ha ido legalizando y refrendando en el mismo derecho internacional, hacia una política de la muerte.

Estados Unidos comanda, junto con sus aliados, la autoproclamación de un reducido grupo de Estados como una suerte de policía y poder soberano supranacional e internacional, que sería la única con capacidad de determinar

qué corresponde al bien de la humanidad, qué sistema y régimen político es el adecuado, qué es la justicia y cómo ha de constituirse el derecho y la política tanto internos como internacionales. Un policía que se sirve del DIH para condenar las acciones de sus enemigos, pero cuyas propias acciones se encontrarían por fuera del campo de aplicación, regulación y sanción de ese cuerpo del Derecho Internacional. El caso de Estados Unidos es claro: una potencia que condiciona a los Estados más débiles (llamados peyorativamente 'fallidos') con ayudas económicas o amenazas de sanciones políticas, jurídicas y asimismo económicas, previniéndose de su denuncia o cuestionamiento real en la Comunidad Internacional manteniendo un entramado de dependencia. Una potencia que construye el plano geográfico mundial de las zonas de riesgo e inseguridad, actualizando la división entre centro y periferia: ha sido el dibujante de las llamadas "zonas rojas" (y en el caso de Oriente del "eje del mal") como contraposición del centro democrático interconectado.

Los gobiernos de las potencias responden a los intereses de grupos de poder económico (industrial y financiero), que se han servido del poder político para la producción jurídica asimétrica que hace cada vez más fácil, "legítimo" y legal el mecanismo hegemónico, imperial y sistémico de la intervención militar en países ricos en recursos naturales y con potencial industrial (para la redinamización del [bio]capitalismo mono y oligopólico), pero a quienes se les acusa de peligrosos para el orden mundial, como violadores del DIH en contra de nacionales de otros Estados, como transgresores de los DDHH de sus propios ciudadanos. El poder político de las potencias occidentales arguye la doctrina de la seguridad cooperativa y de la acción preventiva para darle el mote de "intervención humanitaria" a sus invasiones. Se ha tergiversado el derecho a la legítima defensa, transformándolo en derecho a hacer la guerra sin siquiera pruebas concretas de amenaza.

La consolidación del DIH respondía a la evitación de que hechos como los presentados en la Segunda Guerra Mundial, provocados por el Nacionalsocialismo alemán, se repitiesen. Pero el contexto que ha erigido la guerra antiterrorista se asemeja al campo de concentración como *nomos* (Ley como norma) biopolítico. El control, determinación de las vidas y la sustracción de derechos a los “terroristas” que se denotan en la contemporaneidad se relacionan con la situación del judío en un campo de concentración. Si bien no se ha llegado a los extremos (cuantitativos) del campo, el espacio que se abierto a la libre acción de las potencias occidentales se hace cada vez más amplio, en una guerra global que no parece tener un fin claro, y sigue produciendo cantidades cada vez más altas de refugiados.

El DIH no se aplica ni real ni prácticamente pero, si así fuera, estaría para salvaguardar a la humanidad en tanto la determinación del pensamiento jurídico-político hegemónico de las potencias de Occidente. Los bombardeos a los países “no democráticos” y las muertes de no “terroristas” se han esgrimido por gobiernos, como el de EE.UU., como aceptables y necesarias, en pos de la “libertad” del mundo, apoyada por órganos como el CS y la falacia de una supuesta paz perpetua (kantiana) en la contemporaneidad. Consejo de Seguridad que, como órgano decisor, y no sólo consultivo, en cuanto a la seguridad y la paz internacionales, manifiesta una hegemonía: tres de sus cinco miembros permanentes (con derecho al veto) son potencias de Occidente (EE.UU., Reino Unido y Francia) y los otros dos no han ejercido, en realidad, una oposición para lograr un equilibrio de poder, ya que China apunta a sus intereses económicos y comerciales expansionistas y Rusia no mantiene una línea definida en su actuar acomodándose hábilmente según el tema de debate para mantener estables sus relaciones internacionales (se sirve de la misma doctrina de la guerra mundial contra el terrorismo para mantener la represión militar en Chechenia). Es difícil de sostener que las potencias de Occidente busquen

destruir al mismo sistema del derecho de internacional que les ha permitido ampliamente la realización de las intervenciones militares en otras naciones y todas las acciones y consecuencias que de ellas se han derivado. El DIH tal y como lo conocemos hoy re-legítima la existencia la figura (“democrática”) del Estado de derecho, de la implantación de esta forma de organización estatal en todas las naciones del mundo demandando la globalidad de un estado de excepción. Para las potencias occidentales quienes han fallado son los gobiernos de los Estados del Tercer Mundo al no saber garantizar el funcionamiento real del Estado derecho. Esas potencias se presentan entonces como las indicadas para instaurar el Estado de derecho realmente existente y que corresponda cabalmente con los compromisos frente a sus ciudadanos. Pero, paradójicamente, los Estados potencias socavan profundamente las libertades y derechos civiles de sus propios ciudadanos, argumentando el triunfo en la cruzada antiterrorista. El Estado de derecho es una figura ficcional que ayuda a sostener el sistema hegemónico (político, económico, jurídico) de jerarquías estatales, en cuanto afirmaría la existencia de la gran mayoría de instituciones y mecanismos de ese sistema.

Se mantiene la permanencia de la guerra, la propagación del estado de excepción y se fortalece una hegemonía imperial con las constantes promesas de libertad, democracia y crecimiento económico hechas a los pueblos del mundo. Promesa conveniente, en tanto no cumplida, que engaña a las sociedades controladas y sumidas en el miedo y a los Estados condicionados para que éstos no cuestionen la violencia, sino que la avalen como una acción mundial pacificadora, democratizadora y civilizatoria necesaria, legitimando el silenciamiento de las voces disidentes de muchos de sus “hermanos”, negándole la defensa a sus ciudadanos frente a las acusaciones de los poderes internacionales. Además hay que agregar que los nuevos gobiernos de los Estados intervenidos han sido establecidos directa o indirectamente

por las potencias intervencionistas, como fue el caso de Irak, quien siguió reproduciendo las violaciones al DIP que habían evidenciado las tropas de las potencias occidentales. Un individuo no puede encaminar denuncias de transgresiones del DIH ante el CICR o la CIT; esto sólo puede ser llevado a cabo por el actor por antonomasia del Derecho Internacional: el Estado.

En este punto el asunto no es empoderar al DIH existente para que sea más eficaz y eficiente en su regulación sancionatoria, o darle mayor preponderancia a las ONG; esto sería nulo, ya que el derecho internacional se ha conformado de una forma asimétrica; así como la historia ha sido escrita mayoritariamente por los vencedores, el derecho ha sido formulado ampliamente por ellos, obligando y condicionando a los vencidos a que los suscriban. No es destruyendo, sino moldeando y produciendo asimétricamente el derecho internacional, convirtiendo la arrogancia y la impunidad en norma, como las potencias occidentales están instaurando el estado de excepción global. El Derecho Internacional jamás ha sido imparcial, sólo ha sido justo en términos de quienes le han producido mayoritariamente. No es posible añorar una época en el que DIH realmente protegió a los más débiles: esa época no ha existido nunca, ni existirá, en tanto no se forme —el difícil escenario de— un nuevo cuerpo de derecho internacional sin jerarquías de Estados, libre de la influencia de los grupos de poder económicos que han cooptado sus gobiernos.

Las potencias occidentales no demandan la destrucción del sistema del Derecho Internacional, sino el mantenimiento de sus condiciones de maleabilidad y funcionabilidad. Para contrarrestar ese ejercicio hegemónico imperial ha de apuntarse a la deconstrucción de ese sistema de Derecho, para su posterior construcción como sistema imparcial, objetivo y eficaz ante todos los Estados del mundo. Un sistema que no es construido y suscrito democrática e

inclusivamente por todos ellos no debe presentarse como mundialmente aplicable y universal. Un nuevo sistema puede construirse a partir de la deconstrucción del vigente, alrededor de conceptos de dignidad humana que puedan ser aceptados por todos los gobiernos, sin implicaciones religiosas, morales e ideológico-políticas sectarias que sean propias de una o varias doctrinas particulares. Esto debe hacerse a través de los gobiernos de los Estados no potencias, por medio de la unificación de voces y del cuestionamiento de la doctrina y los resultados de la guerra global contra el terrorismo.

El terreno para deconstrucción requiere de una previa aplicación de algunos mecanismos y acciones que consagra del derecho internacional imperante, que en caso de ser aplicados real y efectivamente, pueden generar resultados plausibles en pos de cuestionar los fundamentos de una excepcionalidad como forma de gobierno permanente, la jerarquización estatal, la ineficacia y asimetría jurídica y la parcialidad política de los organismos y cuerpo normativo del Derecho Internacional y del DIH, para que planteen límites reales a las acciones de guerra de los Estados que lideran la cruzada antiterrorista. Estos mecanismos y actividades serían: **1)** la convocatoria de la Asamblea General de acuerdo al procedimiento "Unión pro paz" (acción colectiva concertada) establecido por la resolución 377, ordenando el fin total de las hostilidades en las naciones intervenidas; **2)** la condenación de ilegales a las actuaciones de los Estados Unidos y las demás potencias intervencionistas, en concordancia con el derecho internacional vigente e imperativo; **3)** el establecimiento de mecanismos internacionales para garantizar la paz en toda la regiones intervenidas.; **4)** dotación de medios logísticos y financieros suficientes al CICR con vistas a garantizar la asistencia a los desplazados y refugiados por el conflicto en los países limítrofes, cumpliendo así con lo establecido en los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales; **5)** la solicitud por parte de la AG a la Corte Internacional de Justicia para que ésta emita una

opinión consultiva de conformidad del artículo 96 de la CNU (solicitud de opiniones consultivas); y, **6**) que la AG, a través de los mecanismos jurídicos establecidos en la CNU, denuncien formalmente todos los actos ilícitos, ilegales o violatorios del DIH y de los DDHH que hayan sido cometidos por cualquiera de los países implicados los crímenes perpetrados en el devenir de la guerra global contra el terrorismo., una vez conocido un dictamen de la Corte Internacional de Justicia.

Asimismo, previo a la delimitación del terreno donde pueda asentarse la deconstrucción y la construcción de un nuevo sistema de Derecho Internacional Público, en el caso específico de la cuestión de las detenciones ilegales, a la luz del DIH y del DIDH actuales, es imperativo que se exija:

A la Comunidad Internacional:

- Se garantice el fin de inmediato de la tortura y otros malos tratos, las desapariciones forzadas y otros delitos que violan los DDHH y el DIH. Esos delitos deben ser investigados sin demora, de forma independiente, imparcial y exhaustiva, y todos los presuntos perpetradores, incluidos los que ocupan puestos de responsabilidad en la cadena de mando, deben ser sometidos a procedimientos judiciales que cumplan las normas internacionales de justicia. Se debe garantizar reparación a las víctimas de acuerdo con las normas internacionales.
- Se libere a todos los detenidos recluidos sin cargos a menos que se los acuse de algún delito común reconocible y se los juzgue sin demora y de acuerdo con las normas internacionales sobre juicios justos, sin la posibilidad de que se les imponga la pena de muerte.
- Se garantice que no se interrogará a los detenidos sin la presencia de un abogado y que se les permita el acceso sin demora a asesoramiento legal.

Estableciendo un mecanismo judicial eficaz, interno e internacionalmente, para permitir a todos los detenidos impugnar el fundamento jurídico de su detención.

- Se asegure que todos los detenidos son reclusos exclusivamente en centros de detención oficialmente reconocidos y que sus familiares, abogados y otras personas disponen de inmediato de información precisa acerca de su detención y paradero.
- No se extradite a ningún detenido si su vida y dignidad corren peligro en el Estado de destino.

A las potencias que han sido intervencionistas:

- Se garantice que ninguna persona corra riesgo de sufrir tortura y otros malos tratos u otras violaciones graves de DDHH, si es transferida a la custodia de su respectivo Estado, o del Estado que lo requiera.
- Se asegure que las personas condenadas a muerte no serán transferidas a las autoridades del Estado que emitió tal condena.
- Se avale que los detenidos que ya han sido transferidos a la custodia de un Estado no sean sometidos a tortura u otros malos tratos, que se investiguen las denuncias de tortura y que las víctimas obtengan reparación.
- Se certifique que los detenidos tienen acceso regular a asesoramiento legal y que los lugares donde permanecen reclusos son inspeccionados por el Ministerio encargado de los DDHH en el correspondiente país y por el Comité Internacional de la Cruz Roja.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio. *El lenguaje y la muerte. Seminario sobre el lugar de la negatividad*. Traducción de Tomás Segovia, Valencia, Pre-Textos, 2002.
-
- _____. *El poder soberano y la nuda vida (Homo Sacer I)*. Traducción de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 2006.
-
- _____. *El reino y la gloria (Homo Sacer II, 2)*. Traducción de Flavia Costa y Edgardo Castro, Buenos Aires, Editorial Adriana Hidalgo 2008.
-
- _____. *El sacramento del lenguaje. Arqueología del juramento (Homo sacer II, 3)*. Traducción de Mercedes Ruvituso, Buenos Aires, Editorial Adriana Hidalgo, 2010.
-
- _____. *Estado de excepción (Homo Sacer II, 1)*. Traducción de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 2004.
-
- _____. *Estancias. La palabra y el fantasma en la cultura occidental*. Traducción de Tomás Segovia, Valencia, Pre-Textos, 2001.
-
- _____. *La comunidad que viene*. Traducción de José Luis Villacañas, Claudio La Rocca y Ester Quirós, Valencia, Pre-Textos 2006.
-
- _____. *La potencia del pensamiento. Ensayos y conferencias*. Traducción de Flavia Costa y Edgardo Casto, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2007.
-
- _____. *Lo abierto. El hombre y el animal*. Traducción Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 2005.
-
- _____. *Lo que queda de Auschwitz: El archivo y el testigo (Homo Sacer III)*. Traducción de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 2000.
-
- _____. *Medios sin fin. Notas sobre la política*. Traducción de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 2010.

- _____. *Política del exilio*. Traducción de Dante Bernardi. Archipiélago. En: Cuadernos de crítica de la cultura. Barcelona, 1996, N° 26-27.
- _____. *Profanaciones*. Traducción de Flavia Costa y Edgardo Casto, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2005.
- _____. *¿Qué es ser contemporáneo?* Traducción de Cristina Sardoy. En: Clarín. 21 de Marzo, 2009.
- _____. *Signatura rerum. Sobre el método*. Traducción de Flavia Costa y Edgardo Casto, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2009.
- _____. *We refugees*. The European Graduate School. Graduate & Postgraduate School. [En línea]. 1994. Disponible en la web: <http://www.egs.edu/faculty/giorgio-agamben/articles/we-refugees/>
- AMBOS, Kai. *La lucha antiterrorista tras el 11 de septiembre de 2001*. Traducción de Ana María Garrocho. En: Cuadernos de conferencias y artículos, Serie orientada por Eduardo Montealegre. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007, no. 39.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Nuevos orden, idénticos abusos. Detenciones ilegales y tortura en Irak*. Madrid, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 2010.
- ARENDDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Buenos Aires, Taurus, 2004.
- _____. *¿Qué es la política?*, Barcelona, Paidós, 2001.
- ARON, Raymond. *Estudios políticos*. Traducción de María Antonieta Neira de Bigorra. México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- AYOOB, Mohammed. *The third World in the System of States. Acute Schizophrenia or Growing Pains?* En: International Studies Quarterly, 1989, no. 33.

- BADIOU, Alain. *El ser y el acontecimiento*. Ed. Raúl J. Cerdeiras, Alejandro A. Cerletti; traducción de Raúl J. Cerdeiras, Alejandro A. Cerletti y Nilda Prados, Buenos Aires, Manantial, 1999.
- BAXI, Upendra. "Operación "libertad perdurable" ¿Hacia un nuevo derecho internacional y otro orden mundial? En: *Otras miradas de la justicia*. El otro derecho N. 28, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos-ILSA-, Bogotá, julio de 2002, p.13-31.
- BEINSTEIN, Jorge. *Pensar la decadencia, el concepto de crisis a comienzos del siglo XXI*. Rebelión [En línea]. 2005. Disponible en la web: <http://www.rebellion.org/docs/16396.pdf>
- BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de política*. México, Siglo XXI Editores, 1998.
- BRETT, Rachel y LESTER, Eve. *Derecho de los refugiados y derecho internacional humanitario: paralelismos, enseñanzas y perspectivas para el futuro. La opinión de una organización no gubernamental*. Revista Internacional de la Cruz Roja. 30 de septiembre 2001.
- CAFRUNY, Alan y LEHMANN, Timothy. *¿En el horizonte? Estados Unidos e Irak*. En: *New Left Review*. Marzo-abril, 2012, no. 73.
- CAILLOIS, Roger. *La cuesta de la guerra*. México, Fondo de Cultura Económica, 1975.
- CANCELO ALONSO, Antonio. *Mondragón Corporación Cooperativa. Historia de una experiencia*. En: *Revista Int. de Estudios Vascos*. 1999, no. 44. [En línea]. 2005. Disponible en la web: <http://www.euskomedia.org/PDFAnIt/riev/44/44323357.pdf>
- CANCIO MELIÁ, Jorge y GÓMEZ-JARA, Carlos. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid, Edisofer-BdeF, 2006.

- CANCIO MELIÁ, Manuel y JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Thomson Civitas, 2003, p. 96.
- CECEÑA, Ana Esther. *Estrategias de construcción de una hegemonía sin límites*. Buenos Aires, CLACSO, 2004.
- CHETAIL, Vincent. *La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario*. Revista Internacional de la Cruz Roja, 30 de junio de 2003. Disponible en la web: www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5uamwj.htm
- CHOSSUDOVSKY, Michel. *Insurrección e intervención militar en Libia*. 2009. Disponible en la web: www.globalresearch.ca/insurrecci-n-e...n-militar-en-libia/23615
- CLAUSEWITZ, Karl von. *De la guerra*. Buenos Aires, Agebe, 2004.
- COHEN, Eliot. *La teoría del control civil*. En: *Las relaciones cívico-militares en tiempos de conflicto armado*. Bogotá, Edición a cargo de Fernando Cepeda Ulloa, Fundación Ideas para la Paz-Embajada de Estados Unidos en Colombia, 2003.
- COMITÉ INTERNACIONAL CRUZ ROJA. *Aplicación del derecho internacional humanitario: de la teoría a la práctica*. Servicio de asesoramiento en el derecho internacional humanitario.
-
- _____. *El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario*. Disponible en la web: <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/.../index.jsp>
-
- _____. *La guerra y el derecho internacional humanitario*. Disponible en la web: <http://www.icrc.org>
-
- _____. *Los desafíos contemporáneos del DIH*. Disponible en la web: <http://www.icrc.org>

- _____. *Objetos y personas protegidas por el DIH: civiles*. Disponible en la web: <http://www.icrc.org>
- _____. *¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?* Servicio de asesoramiento en el derecho internacional humanitario. Disponible en la web: <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>
- CORNACCHIA, Luigi. *La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción*. En: Cuadernos de conferencias y artículos, Serie orientada por Eduardo Montealegre. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007, no.42.
- CUEVA, Agustín. *El fetichismo de la hegemonía y el imperialismo*. En: Cuadernos Políticos. Ediciones Era, México D.F., Enero-marzo, 1984, no. 38.
- CUMINGS, Bruce. *Origins of the Korean War, Vol. II, The Roaming of the Contract, 1947-1950*. Ithaca, Cornell University Press- Yuksabipyungsa Press, 2004.
- DEBORD, Guy. *La sociedad del espectáculo*. Traducción de José Luis Pardo, Valencia, Pre-Textos, 1999.
- DEBRIX, François. *The Permanent State of Exception and the Dismantling of the Law: Jean-Claude Paye's Global War on Liberty*. Telos Press [En línea], julio 16 de 2007. Disponible en la web: <http://www.telospress.com/dictatorship-or-permanent-state-of-exceptionpart-2/>
- DESSPORTES, Vincent. *Comprendre la Guerre. Strategies et Strategies*. París, Economica, 2001.
- D'ESTEFANO PISANI, Miguel. *Iraq: guerra y Derecho Internacional Humanitario I*. Ciudad de la Habana, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, CEDIH, 2003.
- _____. *Iraq: guerra y Derecho Internacional Humanitario II*. Ciudad de la Habana,

Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, CEDIH, 2003.

DRAPER, G.I.A.D. *Orígenes y aparición del derecho humanitario*. En: *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario*. Madrid, Tecnos/UNESCO, 1990.

EQUIPO NIZKOR. *La guerra tiene como finalidad la declaración de un estado de excepción global que desmantele el Sistema de Naciones Unidas*.

Información, Dir. Gregorio Dionis, Página web oficial Equipo Nizkor, 22 de marzo de 2003. Disponible en la web: <http://www.derechos.org/nizkor/excep/manif.html>

ESTADOS UNIDOS. DEPARTAMENTO DE ESTADO.

Estrategia de Seguridad de Estados Unidos: Defender al país de sus enemigos es compromiso fundamental con el pueblo norteamericano. Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos de América, La Casa Blanca, Washington, septiembre de 2002. Disponible en la web:

http://usinfo.state.gov/esp/Archive_Index/Estrategia_de_Seguridad_Nacional_de_Estados_Unidos.html

_____. THE WHITE HOUSE. *The National Security Strategy of The United States of America*. The White House, marzo de 2006. Disponible en la web:

<http://www.bits.de/NRANEU/others/strategy/nss2006.pdf>

<http://www.whitehouse.gov/nsc/2006/nsss2006.pdf>

_____. THE WHITE HOUSE. *Military Order of November 13, 2001. Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*.

Presidential Documents, Federal Register: November 16, 2001. Vol. 66, No. 222. Disponible en la web:

<http://www.fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm>

_____. UNITED STATES CONGRESS.

Military Commissions Act of 2006 (HR-6166): To authorize trial by military commission for violations of the law of war, and for other purposes. Public Law 109-366, 109th Congress, Signed by President

George W. Bush, October 17, 2006. Disponible en la web: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/PL-109-366.pdf

_____. UNITED STATES CONGRESS.
National Defense Authorization Act (NDAA) for Fiscal Year 2012. (H.R. 1540). 112th Congress, Signed by President Barack Obama, December 31, 2011.

Disponible en la web:

<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr1540enr/pdf/BILLS-112hr1540enr.pdf>

_____. UNITED STATES CONGRESS.
Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT): Act of 2001 (HR-3162). Public Law 107-56, 107th Congress, Signed by President George W. Bush, October 26, 2001.

Disponible en la web:

<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>

ESTEFANÍA, Joaquín. *Hij@, ¿Qué es la globalización? La primera revolución del Siglo XXI*. Madrid, Santillana, 2002.

FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES, Sede Ecuador. *Conferencia Magistral de Antonio Negri. Biocapitalismo y constitución política del presente*. 14 de noviembre de 2012 [videograbación].

FAZIO, Hugo; RESTREPO, Luis Alberto; ROJAS, Diana. *El nuevo orden mundial a partir del 11 de septiembre*". En: *Análisis Político* N° 44, 2002.

FLECK, Dieter (ed.). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford, Oxford University Press, 1995.

FLETCHER, George. *Black Hole in Guantánamo Bay*. En: *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, VOL. 2, issue 1, 2004, P. 121-132.

FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad*. Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2001.

- _____. *El nacimiento de la biopolítica*. Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- _____. *Estética, ética y hermenéutica, Obras esenciales*, Vol. III. Barcelona, Paidós, 1999
- _____. *Historia de la sexualidad 1. La voluntad de saber*. México, Siglo XXI, 1989.
- _____. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, Gedisa, 1980.
- _____. *Microfísica del poder*. Madrid, La piqueta, 1992.
- _____. *Seguridad, territorio y población*. Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- _____. *Vigilar y castigar*. Siglo XXI, 1990.
- GARZÓN ESPINOSA, Alberto. *Paraísos fiscales en la globalización financiera*. En: HAOL.2011, no. 26.
- GRABENWARTER, Christoph. *Europäische Menschenrechtckonvention*. 2ª ed., München/Viena, C.H. Beck, 2005.
- GRENET, Ives. *Capitalismo, carrera de armamentos y comercio de armas*. En: *El libro negro del capitalismo*. Tafalla, Txalaparta, Rústica Editores, 2008.
- GUTIÉRREZ VALDEBENITO, Omar. *Las Relaciones Civiles Militares*. En: *Sociología militar*. Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2002.
- HARDT, Michael y NEGRI, Toni. *Imperio*. Cambridge, MA: Harvard Prensa Universitaria, 2000.
- HARFF, Barbara and GURR, Ted R. *Toward Empirical Theory of Genocides and Politicides: Identification and Measurement of Cases Since 1945*. En: *International Studies Quarterly*, 1989, no. 33.
- HUNTINGTON, Samuel. *El soldado y el Estado: teoría política de las relaciones cívico-militares*. Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1995.
- IGNATIEFF, Michael. *El mal menor. Ética política en una era de terror*. Taurus, Madrid, 2005.

- _____. *Los derechos humanos como política e idolatría*. Barcelona, Paidós, 2003.
- JOXE, Alain. *Voyage aux Sources de la Guerre*. París, Presser Universitaires de France, 1991.
- KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Presentación Antonio Truyol y Serra; trad.: Joaquín Abellán, Madrid, Alianza, 2002.
- KEEGAN, John. *Historia de la guerra*. Barcelona, Editorial Planeta, 1995.
- _____. *El rostro de la guerra*. Madrid, Servicios de Publicaciones del EME, 1990.
- LENIN, Vladimir Ilich. *Imperialismo fase superior del capitalismo*. Moscú, Progreso, 1967.
- LEVY, Jack. *War in the Modern Great Power System, 1495-1975*. Lexington, University Press of Kentucky, 1983.
- LITTLE, Roger (ed.). *Handbook of Military Institutions*. Beverly Hills, SAGE Publications, 1971.
- LOGIUDICE, Edgardo. *Agamben y el estado de excepción. Una mirada marxista*. Buenos Aires, Ediciones Herramienta, 2007.
- MANDEL, Ernest. *Las ondas largas del desarrollo capitalista*. Madrid, Siglo XXI, 1986.
- MARTÍNEZ RIVILLAS, Alexander. *Estudio sobre la teoría del poder en Michel Foucault*. Ibagué, Pijao Editores, 2011.
- MARZO, Mariano. *Las rutas del petróleo y el gas*. En: Vanguardia Dossier. Enero-marzo, 2009, no. 30.
- MICHAUD, Ives. *La Violence*. París, Presses Universitaires de France, 1988
- MORALES, Pamela. "La figura del refugiado: tensiones y paradojas entre la praxis jurídica y la exclusión socio-política". Directores: Susana E. Villavicencio y Marcelo Raffin. Tesis de Maestría en Ciencia Política y Sociología, Facultad Latinoamericana en Ciencias Sociales (FLACSO), 2010. 149 p.

- MORGENTHAU, Hans. *Política entre las naciones. La lucha por el poder y la paz*. Kenneth W. Thompson (ed.), traducción de Herber W. Oliver, Buenos Aires, Grupo Editorial Latinoamericano, 1986.
- NEGRI, Antonio. *La forma-estado. Por la crítica de la economía política de la Constitución*. Madrid, Akal, 2003.
- ORESTES AGUILAR, Héctor. *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Grupo de Alto Nivel de Naciones Unidas*. Disponible en la web: http://www.un.org/spanish/secureworld/report_sp.pdf
- PAVLOVICH JIMÉNEZ, Gretty Del Carmen. *El estado de excepción: la tensión entre la política y el derecho*. En: Justicia Juris. Octubre 2008 – Marzo 2009, Vol. 10.
- PAYE, Jean-Claude. *Bush, Obama: el cambio dentro de la continuidad*. La Haine [En línea], 2012, Disponible en la web: <http://www.lahaine.org/index.php?p=65277>
- _____. *Dictatorship or Permanent State of Exception?* Translated by James H. Membrez, Telos Press [En línea], agosto 29 de 2007, Disponible en la web: <http://www.telospress.com/dictatorship-or-permanent-state-of-exceptionpart-1/>
- _____. *El final del Estado de derecho. La lucha antiterrorista del estado de excepción a*. Euskal Herria, Editorial Hiru, 2008.
- _____. *Global War on Liberty*. Translated by James H. Membrez, New York, Telos Press, 2007.
- _____. *Global War on Liberty: War against Terrorism or War against Populations*. Telos Press [En línea], abril 9 de 2007, Disponible en la web: <http://www.telospress.com/?s=global+war+on+liberty>
- PICTET, Jean. *Los nuevos Convenios de Ginebra: la retención del personal sanitario de los ejércitos caído en poder del enemigo*. RICR - Suplemento Español, vol. I, Diciembre, 1949.

- PIOVESANA, Enrico. *¿Qué hay detrás de la guerra en Afganistán?* Rebelión [En línea], 2009, Disponible en la web: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=92847>
- RAMÍREZ GÓMEZ, Eduardo. *Fundamentación de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario*. Bucaramanga, Compromiso, 2004.
- RAMÓN CHORNET, Consuelo (Coord.). *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- RANCIÈRE, Jaques. *El Desacuerdo: filosofía y política*. Traducción de Horacio Pons, Buenos Aires, Nueva Visión, 1996.
- REY MARCOS, Francisco y Currea-Luego, Víctor. *El debate humanitario*. Barcelona, Icaria, 2002.
- RITTER, Gerhard. *The Sword and the Scepter: The problem of Militarism in Germany*. Translated by Heinz Norden, Coral Gables: University of Miami Press, 1969-1973.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Barcelona, Ariel, 1969.
- RUSSELL, D. E. H. *Rebellion, Revolution and Armed Force; a Comparative Study of Fifteen Countries With Special Emphasis on Cuba and South Africa*. Nueva York, Academic Press, 1974.
- SALMÓN, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos Pontificia Universidad Católica de Perú-Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008.
- SCHALLER, Christian. *Das Friedenssicherungsrecht im Kampf gegen Terrorismus, Swp-Studie*. Berlin, Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit. 2004.
- SCHMITT, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias*. Madrid, Editorial Alianza, 1985.
- _____. *El concepto de lo político*. Alianza, Madrid, 1998.

- _____. *Teología política*. Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- SMALL, Melvin and SINGER, J. David. *Resort to arms: International and Civil Wars, 1816-1890*. Beverly Hills, SAGE Publications, 1982.
- STIGLITZ, Joseph. *La guerra de los tres billones de dólares*. Madrid, PrefacioTaurus, 2008.
- SWINARSKI, Christophe. *Introducción al Derecho Internacional humanitario*. San José de Costa Rica/Ginebra, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-CICR, 1984.
- SYDNOR, Charles W. Jr. *Soldier of Destruction: The SS Death's Head Division, 1933-1945*. Princeton, Princeton University Press, 1990.
- TILLY, Charles. *Coerción, capital y los Estados europeos, 990-1990*. Versión española de Eva Rodríguez Halfter, Madrid, Alianza Editorial, 1992.
- TILLY, Charles; TILLY, Louise; TILLY, Richard. *El siglo rebelde, 1830-1930*. Zaragoza, Prensas Universitarias, 1998.
- TOKATLIAN, Juan Gabriel. *El orden sudamericano después de Irak*. En: Revista Número, Edición 17 junio-julio-agosto de 2003.
- TOMUSCHAT, Christian. *Der 11. September und sein rechthilichen Konsequenzen*. Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ), no. 28, 2001.
- UGARTE, José Manuel. *Los conceptos jurídicos de la Seguridad y la Defensa*. Buenos Aires, Editorial Plus Ultra S.A., 2003.
- UNIÓN EUROPEA. CONSEJO EUROPEO. ESTRATEGIA EUROPEA DE SEGURIDAD. *Una Europa segura en un mundo mejor*. Bruselas. 12 de diciembre de 2003. Disponible en la web: <http://consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/031208ESSIIES.pdf>

- VARGAS VELÁSQUEZ, Alejo. *Las Fuerzas Armadas en el conflicto colombiano: antecedentes y perspectivas*. Intermedio Editores. Bogotá. 2002.
- VARGAS VELÁSQUEZ, Alejo y PATIÑO VILLA, Alberto (ed.). *Reforma Militar en Colombia. Contexto internacional y resultados esperados*. Medellín, Colección Pensamiento Político Contemporáneo, Universidad Pontificia Bolivariana-Concejo de Medellín, No. 19. 2006.
- WALKER, Mack. *German Home Towns. Community, State and General Estate 1648-1871*. Ithaca, Cornell University Press, 1971.
- WEIGLEY, Russell. *Military Strategy and Civilian Leadership*. En: *Historical Dimensions of National security*, Ed. by Klaus Knorr., Lawrence University Press of Kansas, 1976.
- WIEVIORKA, Michel. *Sociétés et Terrorisme*. Paris, Librairie Arthème Fayard, 1998