

“La ley “Patriot Act” y el estado de excepción según Agamben”

Amanda Espino

“...en la mayor parte de la recogida de datos por la NSA no hay controles ni límites debido a la interpretación de la Patriot Act, tan abierta que incluso los autores originales de la ley se quedaron escandalizados al enterarse de cómo estaba utilizándose.”¹

I. Introducción.

En el presente trabajo se pretende analizar cómo los ataques del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos y luego una serie de acciones posteriores enmarcadas en la “guerra contra el terrorismo”, habilitaron un escenario favorable para el establecimiento de un estado de excepción constante y una guerra permanente contra el “enemigo terrorista”.

En este sentido, debe hacerse hincapié en que hasta el presente, las “leyes antiterroristas” no han logrado ni impedir ni reducir el fenómeno “del terrorismo”. Por el contrario, desde el 2001, han existido, a nivel mundial, una sucesión infinita de guerras, ataques terroristas y graves violaciones de derechos humanos.²

La idea que se plantea en el presente trabajo, es que los Estados Unidos con la excusa del “discurso de la seguridad” y de la “guerra contra el terrorismo”, ha ido en forma gradual instaurando prácticas y discursos que limitan derechos y garantías constitucionales de sus propios nacionales y de los ciudadanos del mundo entero, instalando como “naturales” escenarios de ilegalidad y de “excepcionalidad”. Para desarrollar esta afirmación se analiza el impacto del 2001 ocurrido en los

¹ GREENWALD, G., “Snowden. Sin un lugar donde esconderse”, Ediciones B., S.A., edición en formato digital, mayo de 2014. ISBN 978-84-9019-759-2. Cabe aclarar que NSA es la Agencia de Seguridad Nacional de EEUU.

² Por ejemplo: guerra en Afganistán en 2001, guerra contra Irak desde el 2003, atentado terrorista en la red de metros de Madrid “Atocha” en 2004, ataque terrorista en Londres en 2005, la creación de las cárceles de Guantánamo y Abu Ghraib, atentado en la maratón de Boston en el año 2013, etc.

EEUU y la respuesta que este país brindó con la creación de la legislación de emergencia contra el terrorismo “USA Patriot Act” (USAPA)³ y las órdenes ejecutivas presidenciales.

A partir del 2001 se intensificó el modelo de la seguridad y se promovió la idea de que ésta es un valor que se encuentra por encima de los valores de la misma democracia y de los derechos humanos de todas las personas. De este modo, a partir del “modelo de la seguridad” se construyó una nueva forma de ilegalidad, con fundamento principalmente en dos discursos: la legítima defensa del estado y la guerra preventiva frente a la lucha contra el terrorismo.

Así, la “seguridad” y la lucha contra el terrorismo pasaron a ocupar un lugar central en el discurso mundial de lo político y un lugar prioritario de la agenda global.

Así, y utilizando como marco teórico a Giorgio Agamben en su obra “Estado de excepción”⁴, se pretende analizar si la política de la “seguridad” instaurada desde el 2001 constituyó un “estado de excepción” global, y si las prácticas y discursos desarrollados por los EEUU -que se expresaran a continuación- implicaron la construcción de un escenario de ilegalidad frente al “enemigo” y la restricción de derechos fundamentales de todos los ciudadanos del mundo a partir de la excepcionalidad.

II Ley de emergencia contra el terrorismo “USA Patriot Act”

La “USA Patriot Act” es una legislación que fue promulgada el 26 de octubre de 2001 en EEUU, a raíz de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 contra las Torres Gemelas en Nueva York y el Pentágono en Washington D.C., EEUU. Esta ley utilizó como base la política desarrollada por EEUU en la materia desde los años ochenta,

³ Esta es la abreviatura de: Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism.

⁴ AGAMBEN, G., “Estado de excepción”, Ed. Adriana Hidalgo, 3ra. reimpresión, Buenos Aires, 2010.

creada en ocasión de los sucesivos atentados de los que la nación había sido objeto.⁵

En este marco histórico, la “Patriot Act” significó un salto cualitativo, ya que por la flexibilización que opera en distintos ámbitos de intervención del poder, se verifican verdaderos espacios de excepción dentro de la legalidad ordinaria, aun cuando éstos estuvieran presentes en la raíz de legislaciones anteriores⁶.

A grandes rasgos, puede señalarse que la ley “USA Patriot Act” proporciona a los funcionarios federales un mayor poder y libertad de actuación para rastrear e interceptar comunicaciones, tanto para imponer el cumplimiento forzoso de la ley como para contrarrestar la creciente inteligencia extranjera.

Asimismo, 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 nacional como internacional.⁷

Debe hacerse hincapié en que la “USA Patriot Act” y otras medidas adoptadas por el gobierno norteamericano han derogado o suspendido varios derechos fundamentales, convirtiendo discriminadamente en sospechosos a todos los ciudadanos, y en especial a los extranjeros.

Es así que esta ley autoriza a interceptar por agentes del gobierno conversaciones telefónicas y electrónicas⁸, a realizar registros domiciliarios

⁵ En este sentido, la Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (AEDEPA, «Ley antiterrorista y para la efectividad de la pena de muerte»), Public Law 104-132, de 24 de abril de 1996, aprobada bajo el Gobierno Clinton, supone el más inmediato antecedente normativo de la “USA Patriot Act”.

⁶ Cabe destacar que en períodos de crisis e inestabilidad política, en varias ocasiones en la historia de EEUU el estado constitucional se ha dejado de lado, y en tales períodos el Presidente ha recurrido a la legislación especial.

⁷ VERVAELE, J. A.E., “La legislación antiterrorista en Estados Unidos. ¿Inter arma silent leges?, ed. Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 25 y ss.

⁸ Sobre este punto, es interesante destacar la reciente publicación “Sin un lugar donde esconderse”, del periodista Glenn Greenwald sobre las entrevistas que mantuvo con Edward Snowden, ex miembro de la CIA y la NSA, que da cuenta de los “excesos” en los trabajos de inteligencia por parte de la NSA. Por ejemplo, Snowden le relata al periodista que una de las resoluciones de ésta agencia “...ordenaba a

secretos, a derogar el secreto de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes, a imponer la censura en los medios de comunicación, y a juzgar a los sospechosos en tribunales militares secretos. En éstos, la ley reserva al Presidente la decisión de designar quiénes serán acusados ante la justicia militar.⁹

Cabe subrayar que las detenciones por tiempo indeterminado no son poco frecuentes, sino todo lo contrario, además de ser secretas así como el procedimientos que les sigue. El Fiscal General y el INS tienen un poder de detención a largo plazo, y el imputado no tiene posibilidades de defensa ni el estado tiene la obligación de explicar exactamente cuál es la imputación concreta que sostiene en contra del sujeto detenido –cuál es la amenaza concreta a la seguridad nacional-.

“La Patriot Act ha ampliado a siete días la regla de las 24 horas para comunicar los motivos de la detención administrativa (Sec. 412); en el marco de estos siete días, el interesado debe ser acusado de un delito o debe ser conducido ante el Ministerio Público en el procedimiento de expulsión. El INS ha sustituido el plazo de siete días por un período razonable que, por lo general, es de 90 días. Los sujetos implicados pueden ser detenidos durante seis meses, pero el Fiscal General puede ampliar ese período y, si la seguridad nacional lo exige, puede prorrogarlo diversas veces (Sec. 412).”¹⁰

Los acusados no pueden elegir abogado. El jurado estará compuesto por una comisión militar a la que le bastará una mayoría de dos tercios para pronunciar el fallo condenatorio –salvo que esté en juego la pena de muerte, que requiere unanimidad del jurado-.¹¹ La presunción de inocencia podrá quedar desvirtuada por pruebas que *“tengan valor probatorio para una persona razonable”*, pero se establece la posibilidad de ocultar las pruebas de cargo a la defensa por razones de seguridad nacional. Los

Verizon Business que cediera a la NSA todos los registros de llamadas relativas a comunicaciones (I) entre Estados Unidos y el extranjero, y (II) dentro de Estados Unidos, incluidas las llamadas telefónicas locales”. Es decir, la NSA de este modo estaba de forma secreta e indiscriminada, recopilando registros telefónicos de decenas de millones de norteamericanos. Esto lo realizaba el gobierno dentro de una interpretación exagerada de autorización que brindaba a las agencias federales la sección 215 de la ley “USA Patriot Act”.

⁹ VERVAELE, J. A.E., op. cit., pág. 31 y ss.

¹⁰ *Ibíd*em, pág. 52.

¹¹ *Ibíd*em, pág. 74.

condenados no podrán recurrir la sentencia, incluso aunque imponga la pena de muerte, que sólo podrá ser revocada por el Presidente o el Secretario de Defensa.¹²

De igual manera, se conceden poderes extraordinarios a la policía, especialmente para que detenga personas y las incomunique sin orden judicial y sin el resguardo de un proceso legal.

Efectivamente, la primera administración de Bush ha considerado necesario expandir radicalmente las competencias de la agencia ejecutiva de control en la fase preventiva, y someter, en menor medida, su actividad al control judicial. Ha reforzado también el papel de los servicios de “intelligence” en la aplicación de la ley penal.¹³

De este modo, se fueron reduciendo las garantías constitucionales: a través del secreto en las investigaciones y en las tareas de inteligencia, la reserva de identidad de los testigos o de la documentación, restricciones al derecho de defensa, ampliación de la prisión preventiva, incomunicación del sospechoso, etc.¹⁴

Para la anticipación máxima de la tutela penal, se produce un adelantamiento de las barreras punitivas hasta casi la penalización de los “actos internos” criminalizándose conductas previas a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, justificando este castigo en la falta de seguridad o el “peligrosismo” que se supone en quienes se consideran “enemigos”.

La legislación define al “terrorismo” de un modo demasiado amplio: *“actividad que a) implica actos peligrosos para la vida humana, que violan el derecho penal de Estados Unidos o de cualquier estado; b) tiene como finalidad b.1) intimidar o coartar a la población civil; b.2) influir sobre la política del gobierno mediante intimidación o coerción; b.3) incidir sobre la actividad del Gobierno a través/con medios de destrucción masiva,*

¹² *Ibíd.*, pág. 68 y ss.

¹³ *Ibíd.*, pág. 4.

¹⁴ Se pregunta Vervaele: “¿Se puede decir que el Ejecutivo ha utilizado los ataques del 11 de septiembre para establecer de iure et de facto un estado de policía que ha suspendido el funcionamiento del estado constitucional hasta nueva orden? ¿el Congreso y el Poder Judicial ha quedado fuera de juego?”. En: VERVAELE, J. A.E., op. cit., pág. 5.

asesinatos, secuestros; c) es realizada principalmente dentro de la jurisdicción territorial de Estados Unidos.”

De este modo se multiplican las investigaciones criminales, en tanto el poder de policía prácticamente no tiene límites para violar la intimidad de las personas y para detenerlas. Como consecuencia de ello, se utilizan en la administración de justicia por parte de comisiones militares, pruebas obtenidas en el extranjero mediante tortura.¹⁵

De igual manera, cabe señalar que la “Patriot Act” supone sólo una parte importante del plan estratégico contra el terrorismo, que está integrado por múltiples instrumentos normativos y administrativos expresamente dirigidos a la lucha contra el terrorismo, como la Ley de Autorización para Uso de la Fuerza Militar, La Ley de Seguridad Nacional (USA Homeland Security Act of 2002), la Ley de Reforma de la Inteligencia y Prevención del Terrorismo (Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004 -IRTPA-) o las múltiples órdenes ejecutivas dictadas por el Presidente, entre las que destaca la Orden Militar de 13 de noviembre de 2001.¹⁶

Asimismo, se estableció un nuevo modelo de política exterior de EEUU, en el que las relaciones internacionales se establecieron entre “occidente” y quienes fueron caracterizados por el presidente Bush como “estados delincuentes”, los cuales cumplían con las siguientes requisitos: “1) tratan con brutalidad a su pueblo y esquilman los recursos nacionales en beneficio personal de los gobernantes; 2) no muestran respeto alguno por el derecho internacional, amenazan a sus vecinos y violan sin escrúpulos los tratados internacionales que han suscrito; 3) están decididos a obtener armas de destrucción masiva, junto con otras tecnologías militares avanzadas, con el fin de utilizarlas como amenaza u ofensivamente para lograr los propósitos agresivos de sus regímenes; 4) patrocinan el

¹⁵ *Ibíd.*, pág. 74.

Al respecto resulta interesante analizar cómo los EEUU a través de su industria del cine, y ahora especialmente con las series televisivas, legitima el uso de la tortura en los casos de terrorismo en los cuales siempre está en juego para ellos, la seguridad nacional. Entiendo que la serie 24, difundida en Estados Unidos por la cadena Fox, es un emblema de la propaganda del gobierno para legitimar la tortura y todos los actos ilegales que realizan en el marco de la “guerra contra el terrorismo”.

¹⁶ VERVAELE, J. A.E., *op. cit.*, págs. 75 y ss.

terrorismo en el mundo; y 5) rechazan los valores humanos básicos y detestan a los Estados Unidos y todo lo que estos representan”.¹⁷

En definitiva, EEUU se dispuso a intervenir en la configuración del mundo, generando un choque con el Islam pues pretendió imponer sus valores al resto del mundo, a mantener su superioridad económica y militar y a intervenir en los conflictos del mundo musulmán.¹⁸

Así, sobre la base de la amenaza terrorista que se cernía sobre el mundo, EEUU justificó la guerra-preventiva, de las cuales Afganistán e Irak son solo los ejemplos más notorios, al igual que un infinito número de hechos ilícitos que implicaron un duro golpe a la defensa de los derechos humanos.

III. Carl Schmitt y el concepto de “enemigo”

El enemigo es un concepto que a partir de Roma atravesó toda la historia del derecho occidental y penetró en la modernidad, no sólo en el pensamiento de juristas sino también en el de algunos de sus más destacados filósofos y teóricos políticos.¹⁹

La obra de Carl Schmitt expresa un esfuerzo teórico por hacer posible la articulación entre estado de excepción y orden jurídico, que lograrían vincularse a través de la figura del soberano como instancia a la vez interior y exterior al orden jurídico. De ese modo éste puede decidir, desde lo puramente fáctico, la suspensión del derecho ordinario: “*soberano es aquél que decide sobre el estado de excepción*”.²⁰

Para Schmitt, la esencia de lo político consiste en la distinción de amigo y enemigo.²¹ Para este teórico, el enemigo es el otro, el extranjero, de

¹⁷ Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos, 2002.

¹⁸ Esta política exterior de EEUU obligó a la mayoría de los países “aliados” a también legislar en la materia antiterrorista o endurecer la ya existente, por ejemplo, la Unión Europea ha acelerado la adopción de la Decisión – marco sobre armonización de la legislación penal en materia de terrorismo y sobre el mandato de arresto, y ha elaborado un vasto proyecto de acción antiterrorista. VERVAELE, A.E., op. cit., pág. 8.

¹⁹ ZAFFARONI, E. R., “El enemigo en el derecho penal”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 18 y ss.

²⁰ SCHMITT, C., “Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía.”, Ed. Struhart & Cía., Buenos Aires, 2005, pág.15.

²¹ SCHMITT, C., “Concepto de lo político”, Ed. Struhart & Cía., Buenos Aires, 2002, pág. 31.

modo que, en caso de conflicto, éste no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero imparcial.²²

Frente al enemigo en la guerra, para Schmitt, no existe ningún límite impuesto por la humanidad, porque ésta no tiene enemigos. Por ello Schmitt afirma que toda invocación de la humanidad sea falsa y sospechosa de manipulación, porque cualquier límite al poder del soberano frente al enemigo acaba con el concepto mismo de enemigo, debilita al estado y le impide garantizar la paz entre los ciudadanos.²³

El razonamiento que admite la distinción entre ciudadanos y enemigos, presupone una guerra y, además, que ésta sea prácticamente permanente, pues de las guerras excepcionales se ocupa el derecho militar.

Es decir, para Schmitt, si se admite la existencia de una guerra permanente, diferente de la guerra propiamente dicha, la función esencial de la política no puede ser otra que ocuparse de ella.

Más aún, en Schmitt se superponen guerra y política, porque la guerra es necesaria para crear y mantener la paz interna, porque exige que todos se unan frente al enemigo y no luchen entre sí. De allí que Schmitt, pese a sostener su famosa polaridad, no se ocupe del amigo ni de la amistad, sino que su teoría de la política sea prácticamente una teoría del enemigo. La amistad sería sólo el resultado de la unión frente al enemigo, algo así como la amistad de trinchera.²⁴

¿Pero quién decide quién o quiénes son los enemigos? La respuesta de Schmitt no puede ser otra que el político, o sea, el soberano. Y soberano es quien decide sobre el estado de excepción y esta decisión es la que señala al enemigo.²⁵

Deducía Schmitt que en el orden interno, las emergencias -momentos en los que corresponde definir y enfrentar al enemigo-, el poder de defender la

²² *Ibíd.*, pág. 35 y ss.

²³ *Ibíd.*, pág. 72 y ss.

²⁴ ZAFFARONI, E. R., *op. cit.*, pág. 137.

²⁵ SCHMITT, C., "Concepto de lo político", *op. cit.*, pág. 35 y ss.

constitución corresponde al ejecutivo y no al judicial, pues consideraba a este último como un poder burocrático, útil en la normalidad pero no en la emergencia.²⁶

El poder judicial sería útil una vez definido el enemigo, pero no en el momento de la crisis que demanda la definición y la neutralización. De allí que cuando se trate de la defensa de la propia constitución, considera Schmitt que el soberano es quien está habilitado para decidir y, conforme a ello, para cancelar todos los límites y garantías hasta donde lo estime necesario, sin control alguno del judicial, lo que explica sosteniendo que la constitución es un conjunto de leyes y que unas tienen prioridad sobre otras: considera que el principio republicano, por ejemplo, es prioritario y, por ende, para salvarlo, se pueden suspender todas las garantías y derechos.²⁷

Por último, cabe destacar que para Schmitt, cuando se presenta la situación de emergencia, lo máximo que puede hacer la constitución es decir quién decide en ese estado excepcional. Por ende, para este autor el soberano decide si hay necesidad y también qué hacer en ese caso, sin que esto signifique para él ningún golpe de estado, pues sostiene que esta decisión del soberano sigue dentro del orden jurídico, aun cuando implique la suspensión de la constitución misma.²⁸

IV. Agamben y su concepto de “Estado de excepción”

Agamben, en su obra “Estado de excepción” rastrea los orígenes históricos de este concepto, analiza su desarrollo y su expansión como forma de gobierno a lo largo de los siglos XIX y XX en distintos estados, y reflexiona sobre su vigencia en la actualidad en la medida en que el totalitarismo moderno se define como la instauración de una “guerra civil legal”, y este es, según el autor, el contexto en el cual aún vivimos, pues su foco está puesto en las políticas del presidente Bush luego de los atentados del 2001.

²⁶ SCHMITT, C., “Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía.”, pág. 67 y ss.

²⁷ SCHMITT, C., “Teoría de la Constitución”, Ed. Alianza, Madrid, 1992.

²⁸ ZAFFARONI, E. R., op. cit., pág. 141.

De este modo, Agamben analiza la figura paradójica del “estado de excepción”, rasgo típico del nazismo, pues este estado es la respuesta violenta de los poderes constituidos a los conflictos extremos, el espacio vacío que marca la suspensión del orden jurídico y de la relación usual entre norma y autoridad.

Agamben cuando desarrolla el concepto de estado permanente de excepción, se refiere al estado nazi de Alemania bajo el régimen de Hitler: *"Todo el Tercer Reich se puede considerar un estado de excepción que duró doce años. En este sentido, el totalitarismo moderno puede ser definido como la creación, por medio del estado de excepción, de una guerra civil legal que permite la eliminación física no sólo de los adversarios políticos sino de categorías enteras de ciudadanos que por alguna razón no se pueden integrar en el sistema político"*.²⁹

Asimismo, el campo de concentración es un concepto central en la teoría de Agamben al cual se refiere del siguiente modo: *"El campo de concentración es el espacio que se abre cuando el estado de excepción empieza a convertirse en regla. Así, el estado de excepción [...] adquiere ahora un sustrato especial permanente que, como tal, se mantiene, sin embargo, de forma constante fuera del ordenamiento jurídico normal"*³⁰

Agamben lo define al “estado de excepción” como una franja de indeterminación en donde se esfuman las diferencias tradicionales entre democracia, absolutismo y dictadura³¹. Y lo define del siguiente modo: *"El estado de excepción es el lugar en el cual esta ambigüedad (entre anomia y derecho) emerge a plena luz y, a la vez, el dispositivo que debería mantener unidos a los dos elementos contradictorios del sistema jurídico. Él es, en este sentido, aquello que funda el nexo entre violencia y derecho y, a la vez, en el punto en el cual se vuelve efectivo aquello que rompe ese nexo."*³²

²⁹ AGAMBEN, Giorgio, “Estado de excepción”, op. cit., pág. 25.

³⁰ AGAMBEN, Giorgio, “Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida. I”, Ed. Pre textos, Valencia, 2003, pág. 214/215.

³¹ AGAMBEN, Giorgio, “Estado de excepción”, op. cit., pág. 23 y ss.

³² *Ibidem*, pág. 14/15.

Tal como lo plantea el teórico, lejos de desaparecer con la derrota de los totalitarismos, el “estado de excepción” se instala a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI como paradigma de una forma de administración del poder. En todas partes del planeta, la violencia que proviene del estado puede ignorar el derecho internacional en una absoluta impunidad como se verifica con el ejemplo de la ley “Patriot Act”.

Para Agamben, en el “estado de excepción” hay un aumento de las estructuras de poder de los gobiernos que los emplean en “tiempos de crisis” o de “emergencia”. Con relación a éstos, Agamben hace referencia a un aumento de la extensión del poder, donde las cuestiones de la ciudadanía y los derechos individuales pueden ser disminuidas, sustituidas y rechazados en el proceso de reivindicación del aumento del poder por un gobierno.

A su vez, el autor utiliza tal concepto como “término técnico para la totalidad de fenómenos jurídicos que se propone definir”.³³ Es decir, bajo la denominación “estado de excepción” pueden incluirse situaciones y medidas de diverso tipo: límite de la esfera jurídica, ampliación de los poderes del ejecutivo, promoción de decretos-ley, disposiciones de emergencia, promulgación de leyes excepcionales, discurso que apela a una emergencia ligada a un estado de guerra, espacio de anomía, etc.

En definitiva, el poder político sobre los demás adquiridos a través del “estado de excepción”, coloca al gobierno como un todo poderoso que opera por fuera de las leyes.

V. La ley “USA Patriot Act” como emblema del “estado de excepción”

Como se mencionara al comienzo del trabajo, la primera administración de Bush aplicó nociones propias del derecho internacional público y humanitario a las organizaciones terroristas. Sus actividades se consideraron desde un inicio como actos de guerra llevados a cabo por

³³ Ibídem, pág. 28.

agresores extranjeros, y no como delitos, por lo que no se aplicaron los principios básicos del derecho procesal penal ni garantías constitucionales.

Los sujetos involucrados fueron denominados como “combatientes enemigos” sin derechos civiles y simultáneamente el presidente Bush ha limitado la aplicación del derecho internacional humanitarios a estos sujetos.³⁴

Es decir, lo que se está dando desde el 2001, es un desplazamiento fundamental en el funcionamiento de la democracia y de la preeminencia de la protección de los derechos humanos hacia un modelo donde el paradigma de la seguridad del estado se impone como referente a nivel mundial.³⁵

En ese sentido, se producen decisiones, narrativas y prácticas jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales que ponen en un lugar central a la defensa del estado.³⁶

En su análisis, Agamben analiza la ley “USA Patriot Act” y señala que quien recibe el estigma de “enemigo”, pierde automáticamente los derechos más básicos –en primer lugar el derecho a la vida- y es tratado como un “detainee” expuesto a la tortura, las cárceles clandestinas, el asesinato.³⁷

Sostiene el autor: *“el significado inmediatamente biopolítico del estado de excepción como estructura original en la cual el derecho incluye en sí al viviente a través de su propia suspensión emerge con claridad en el military order mandado del presidente de los Estados Unidos el 13 de noviembre de 2001, que autoriza la "indefinite detention" y el proceso por parte de "military commissions" (que no hay que confundir con los tribunales*

³⁴ Durante un tiempo, la primera administración de Bush no aplicó el Convenio de Ginebra ni el status de prisionero de guerra a los “combatientes enemigos”. Luego, en el año 2002 se reconocieron algunos derechos consagrados en dicha Convención a detenidos talibanes, pero no a los miembros de Al-Qaeda, que aún hoy no son reconocidos como presos de guerra, y tienen completamente suprimidos sus derechos fundamentales.

³⁵ Sobre este nuevo modelo de “estado de seguridad”, resulta ilustrativa la ponencia leída por Giorgio Agamben en el Instituto Nicos Poulantzas / Juventud SYRIZA, Atenas, Grecia, noviembre de 2013.

³⁶ Sobre este punto, Agamben en la ponencia ut supra mencionada, plantea la hipótesis de que hoy la relación “normal” entre el estado y sus ciudadanos se define por la sospecha, el registro y el control policial, puesto que todo ciudadano “es un terrorista potencial”.

³⁷ AGAMBEN, G., “Estado de excepción”, op. cit., pág. 27

militares previstos por el derecho de guerra) de los no-ciudadanos sospechosos de estar implicados en actividades terroristas.”³⁸

Destaca Agamben que lo novedoso de la "orden" del presidente Bush fue que canceló radicalmente todo estatuto jurídico de un individuo, produciendo así un ser jurídicamente innombrable e inclasificable.³⁹

Estos sujetos, son objeto de una detención indefinida, como se señalara al comienzo del trabajo, no sólo temporal, sino también en cuanto a su propia naturaleza, toda vez que ésta se encuentra por fuera de la ley y del control judicial, “...en el *detaínee de Guantánamo la nuda vida encuentra su máxima indeterminación*”.⁴⁰

Guantánamo, así como todas las cárceles clandestinas que se crearon a partir de la “guerra contra el terrorismo” representan con nitidez un espacio de suspensión de toda legalidad ordinaria y de eliminación de todo atributo jurídico a las personas retenidas en el mismo, reducidas a la condición de nuda vida.⁴¹

De igual modo, debe destacarse que la ley antiterrorista “Patriot Act” es un emblema del “estado de excepción”, especialmente por su carácter permanente, que deriva no solo de su continuidad temporal, sino por el alcance transversal que tiene en todo el ordenamiento jurídico.

Es que uno de los argumentos utilizados para justificar las medidas contenidas en la ley fue su carácter temporal, por cuanto se garantizaría su revisión periódica por parte del Congreso. Sin embargo, esta afirmación nunca se cumplió, puesto que sólo algunos apartados de la ley estaban inicialmente sometidos a plazo de caducidad, y que por tanto requerían renovación por el poder legislativo antes de su conclusión.⁴²

³⁸ *Ibíd*em, pág. 26/27.

³⁹ *Ibíd*em, pág. 27.

⁴⁰ *Ibíd*em, pág. 27.

⁴¹ Para Agamben, nuda vida es la vida del homo sacer, es “la vida a quien cualquiera puede dar muerte pero que es a la vez insacrificable” y homo sacer es una oscura figura del derecho romano arcaico, en que la vida humana se incluye en el orden jurídico únicamente bajo la forma de su exclusión (es decir de la posibilidad absoluta de que cualquiera le mate sin ser responsable jurídico ni penable por dicha acción aniquiladora). En: AGAMBEN, Giorgio, “Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida. I”, op. cit.

⁴² En concreto, en virtud de su sec. 224, la norma preveía inicialmente este condicionante para algunos apartados (ciertamente, los más comprometidos) del Título II (Procedimientos de Vigilancia, Enhanced Surveillance Procedures) y el Título III al completo (International Money Laundering Abatement and Anti-terrorist Financing).

Sin embargo, la parte más crítica de la norma, la referida al tratamiento de los extranjeros sospechosos y al control de la inmigración (Título IV, Protecting the Border) estaba firme desde el momento en que se dictó la ley. De este modo, la supuesta provisionalidad de la “Patriot Act” ha devenido en definitiva en la práctica.⁴³

Por otro lado, su carácter estructural se verifica porque los aspectos más relevantes de la ley son en realidad reformas de diversas leyes federales, cuya naturaleza ha quedado sustancialmente transformada.⁴⁴

De este modo, Giorgio Agamben toma la definición del soberano de Schmitt como aquel “que tiene el poder de decidir el estado de excepción”, y sostiene que el “estado de excepción” resulta ser el fundamento oculto del sistema jurídico y el político.

VI. Conclusión

La ley “USA Patriot Act”, evoca asuntos planteados en los años 1920 - 1930 en la República de Weimar y en la teoría de Carl Schmitt sobre el “estado de emergencia”, y, en términos de Agamben, sobre el “estado de excepción”.

Ello puesto que los agentes federales de EEUU en forma sistemática, tanto en su territorio como en el extranjero, con la excusa de la “guerra contra el terrorismo” han limitado –en el mejor de los casos- y/o suprimido directamente derechos esenciales de las personas: aquellas implicadas directamente en un “proceso” o simplemente cualquier ciudadano del mundo, por tener que sufrir restricciones en sus derechos elementales en pos de la “seguridad”.

Con el concepto de “enemigo combatiente” que introduce la administración de Bush se establece un concepto de guerra permanente e irregular, porque se trata de un enemigo que, por actuar fuera de las normas que deben cumplirse en la guerra “regular”, ingresa a un “status jurídico híbrido” de un estado que no está estrictamente en guerra.

⁴³ VERVAELE, J.A.E., op. cit., pág. 13.

⁴⁴ VERVAELE, J.A.E., op. cit., pág. 12.

Es claro que la ley “Patriot Act” que permite la vulneración de derechos básicos, configura un sistema penal paralelo, con pretexto de situaciones de emergencia que hacen un uso continuo de las propias disposiciones de excepción de las constituciones.

Y debe destacarse que esta legislación antiterrorista, tal como lo señala Agamben, no es una anomalía en el contexto de las democracias occidentales, sino, por contrario, es un ejemplo de las formas de poder características de la modernidad actual.

De este modo, las conclusiones de Agamben obligan, a revisar no sólo el concepto de democracia, sino la manera en que pensamos la política: I) el estado de excepción no es una dictadura o un golpe de estado, sino un espacio vacío de derecho, una zona de anomia en la cual las normas jurídicas son desactivadas y II) el estado de excepción no es un "estado de derecho", sino un no-lugar en el orden jurídico.

Para Agamben la “contigüidad” entre estados democráticos y estados totalitarios en cuanto a sus prácticas y principios se base en el hecho de que ambos sistemas políticos, pese a sus diferencias ideológicas, comparten la preocupación por gobernar la vida las personas.

Y si bien es cierto que las democracias no se basan en el genocidio y el exterminio para lograr su cometido, totalitarismo y democracia suelen justificarse, de manera indiscriminada, en el avance tecnológico y el saber científico con el objetivo de justificar sus intervenciones, negativas y positivas, sobre la población.⁴⁵

⁴⁵ Nuevamente entiendo que sobre este punto resulta muy ilustrativa la ponencia que brindó Agamben en Atenas en noviembre de 2013 tal como se mencionara ut supra. Allí pone de remarcó cómo los nuevos modelos de estados de la “seguridad” avanzan sobre las tecnologías biométricas, que originalmente fueron creadas para los criminales reincidentes, hoy son utilizadas para controlar a toda la población.

VII. Bibliografía

- AGAMBEN, G., “Estado de excepción”, Ed. Adriana Hidalgo, 3ra. reimpresión, Buenos Aires, 2010.
- AGAMBEN, G., “Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida. I”, Ed. Pre textos, Valencia, 2003.
- AGAMBEN, G., “Ponencia el Instituto Nicos Poulantzas / Juventud SYRIZA, Atenas, Grecia”, noviembre de 2013.
- GREENWALD, G., “Snowden. Sin un lugar donde esconderse”, Ediciones B., S.A., edición en formato digital, mayo de 2014. ISBN 978-84-9019-759-2.
- SCHMITT, C., “Concepto de lo político”, Ed. Struhart & Cía., Buenos Aires, 2002.
- SCHMITT, C., “Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía.”, Ed. Struhart & Cía., Buenos Aires, 2005.
- SCHMITT, C., “Teoría de la Constitución”, Ed. Alianza, Madrid, 1992.
- VERVAELE, J. A.E., “La legislación antiterrorista en Estados Unidos. ¿Inter arma silent leges?, ed. Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- ZAFFARONI, E. R., “El enemigo en el derecho penal”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006.