

CAMP DELTA EN ESCALA DE GRISES: NOTAS PARA UNA EXÉGESIS DE LAS DETENCIONES DE GUANTÁNAMO, DIEZ AÑOS DESPUÉS¹

JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA

*Profesor titular de Derecho penal
Universidad de A Coruña*

Recepción: 15 de junio de 2011

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2011

*"La crisis consiste precisamente en el hecho de que
lo viejo muere y lo nuevo no puede nacer: en este interregno
se verifican los fenómenos morbosos más variados"*

A. GRAMSCI, Quaderni dal Carcere. Passato e Presente

RESUMEN: El presente texto realiza una aproximación al fenómeno de las detenciones de Guantánamo, diez años después de su lamentable puesta en marcha. Esta aproximación pretende indagar el sentido de este fenómeno como hecho materialmente jurídico-sancionador y, en particular, como expresión del excepcionalismo penal contemporáneo, momento del Derecho penal del enemigo realmente existente. Al mismo tiempo, y aprovechando la perspectiva que otorga una década de historia, el texto pretende hallar el sentido del fenómeno de Guantánamo como elemento de un golpe de fuerza en la constitución del emergente espacio soberano global, que hoy sólo cabe entender fallido.

PALABRAS CLAVE: Guantánamo. Excepcionalidad penal. Estado de excepción. Soberanía global.

1 El autor agradece las interesantes sugerencias realizadas para la elaboración de este artículo por *Agustina Iglesias Skulj*, investigadora contratada de la Universidad de A Coruña. El presente texto se enmarca en el desarrollo del proyecto "*Espacio y Derecho Penal*", realizado por el grupo de investigación del área de Derecho penal de la Universidad de A Coruña y subvencionado por la Secretaría de Estado de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación (2008-2011; -nº referencia DER2008-01523-).

SUMMARY: This paper makes an approach to the phenomenon of the Guantanamo's detainees, ten years after the beginning of this regrettable event. This perspective seeks to research the material meaning of this phenomenon as an act of punishment, and especially as an expression of the current penal exceptionalism, also known as Criminal Law of the Enemy. By the same token, and taken advantage of the knowledge supplied by one decade of Guantanamo's history, the paper seeks to find the meaning of the phenomenon as an element of a 'tour de force' within the framework of the constitution of an emergent global sovereignty, a political movement which now shows apparently its failure.

KEYWORDS: Guantanamo. Penal exceptionalism. State of exception. Global sovereignty.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ANOMIA Y DERECHO PENAL EN EL SIGLO XXI. II. EXCEPCIÓN Y ANOMIA EN GUANTÁNAMO. NOTAS DE CONTEXTO. 1. El terrorismo como amenaza en el contexto de la guerra global. 2. El ocaso de la dicotomía interior-exterior en materia de seguridad. La hibridación de lo bélico y lo policial. III. DE LO INNOVADOR Y DE LO PERMANENTE EN LA EXCEPCIONALIDAD PENAL. IV. LA CONFORMACIÓN DE UN *ESTADO DE EXCEPCIÓN SUI GENERIS*: DE SCHMITT A AGAMBEN, Y MÁS ALLÁ. V. CODA: GUANTÁNAMO EN UNA SOBERANÍA GLOBAL DE GEOMETRÍA VARIABLE. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: ANOMIA Y DERECHO PENAL EN EL SIGLO XXI

En el momento de escribir estas páginas, casi diez años después de que los primeros *detenidos* de la guerra global llegasen al establecimiento de privación de libertad de *Camp X-Ray*, en la base militar estadounidense de la Bahía de Guantánamo (Cuba), más de un año y medio después de que haya expirado el plazo fijado por el presidente estadounidense Barack H. OBAMA para la clausura del actual centro de detención (*Camp Delta*), los hechos a los que se refiere este texto son sobradamente conocidos. El fenómeno de las denominadas *detenciones* de Guantánamo ha sido, y va a seguir siendo, uno de los hechos más característicos de la primera década del siglo XXI. En consonancia con ello, las vicisitudes del fenómeno han sido objeto de copiosa información pública.

Desde esta perspectiva, el presente texto no pretende aportar los datos básicos de este hecho histórico, ni detenerse de forma específica en el periplo de su valoración jurisdiccional. Existe una pluralidad de textos, sobradamente lúcidos, sobre esta materia. En consecuencia, el objetivo del texto es intentar aportar algunas notas que permitan contextualizar y, si es posible, explicar el fenómeno de Guantánamo. No parece una cuestión baladí. Uno de los mitos fundamentales de la Modernidad ha sido el del progreso, que en el contexto jurídico-político se plasma en la convicción compartida de la paulatina consolidación de la libertad, la igualdad o el pluralismo como valores supremos de la vida en sociedad. Para permitir tal objetivo, al menos los dos últimos siglos del anterior milenio presenciaron la progresiva conformación del Estado de Derecho como modelo jurídico-político prevalente.

En el ámbito más estrictamente penal, los esfuerzos se han dirigido durante ese largo periodo, evidentemente no sin contradicciones, a la consolidación de un sistema penal, y específicamente de un Derecho penal y de un Derecho procesal penal, que respondiesen a aquel modelo de Estado, con el objetivo de que, sin dejar de atender a la seguridad, se maximizase la libertad, tanto de las víctimas como de los infractores o, en fin, del conjunto de la sociedad.

Sin embargo, lo primero que llama la atención sobre el fenómeno de Guantánamo es que no encuentra fácil acomodo en la aplicación al modelo jurídico, y específicamente al sistema penal, de esa narrativa de progreso. En este sentido, podría existir la tentación de interpretar este hecho histórico como un mero accidente, como una simple vicisitud en

un proceso de mayor alcance, el cual respondería a una racionalidad contradictoria con los acontecimientos sucedidos en la isla cubana. No parece, empero, que esa sea la mejor forma de captar el sentido del fenómeno. Es probable que resulte de mayor interés, y más productivo, entender que los hechos de Guantánamo no son un fenómeno irrelevante, sino una evidencia mayor de las formas en las que se producen las tensiones entre el Derecho, la anomia y la soberanía en el inicio del siglo XXI.

Desde esta perspectiva, el texto se orienta a intentar dar algunas claves que permitan entender por qué se ha producido este momento de fractura en la conformación de Estados de Derecho y de sistemas penales tendencialmente garantistas. Para ello, el texto realiza una aproximación político-criminal a la materia, pero desde una metodología intencionadamente interdisciplinaria, con la convicción de que de otro modo no podría llegar a interpretarse el fenómeno de las *detenciones* de la bahía de Guantánamo.

II. EXCEPCIÓN Y ANOMIA EN GUANTÁNAMO. NOTAS DE CONTEXTO

De acuerdo con las premisas avanzadas, el objetivo del presente epígrafe es sugerir algunas características básicas de los modos contemporáneos de afrontar determinados hechos tradicionalmente considerados como delitos, en aras de diseñar un contexto que permita entender el fenómeno de Guantánamo.

No puede caber duda sobre el hecho de que la progresiva consolidación de un sistema penal propio de un Estado de Derecho es sólo una parte de la historia de las formas jurídicas de castigo en el periodo de los dos últimos siglos. Esa etapa de evolución del Derecho penal ha estado plagada por doquier de momentos contradictorios con los postulados del Estado de Derecho²; de hecho, de forma prácticamente constante, y en la generalidad de los países, conjuntamente con un sistema penal tendencialmente liberal y democrático, han existido segmentos de las normas jurídicas que han respondido más bien a una lógica de la excepción, a una orientación propia de la Razón de Estado³. No en vano, se ha llegado a

-
- 2 Sobre ese carácter en absoluto novedoso de la excepcionalidad penal, cfr., entre otros, DONINI, 2004: 55. Como expresión de esa falta de novedad, se ha acuñado el concepto de *normativa, y cultura, de la emergencia o de la excepcionalidad penal*, expresión con la que suele hacerse referencia a la respuesta jurídico-penal que se articuló en diferentes estados europeos a partir de los años 70 del siglo XX como tratamiento de fenómenos de terrorismo y violencia política de aquella época, de lo que en cierta medida es expresión, en nuestro ordenamiento constitucional, el art. 55.2 CE. Esta orientación político-criminal ha tenido incidencia en diferentes planos del sistema penal: a) en el plano legislativo, con las denominadas *leyes antiterroristas*, que articulan tipos penales frecuentemente poco compatibles con los principios garantistas; b) en materia procesal, con la restricción de los derechos de defensa, la ampliación de la prisión preventiva, o la puesta en marcha de medidas de incomunicación y dispositivos premiales para los "arrepentimientos"; c) en materia orgánica, mediante la creación de unidades policiales con elevados niveles de impunidad, y de tribunales especiales; d) en el ámbito penitenciario, mediante la conformación de verdaderos regímenes especiales, y la contracción de las medidas de readaptación a la sociedad extracarcelaria. Sobre todo ello, vid. RIVERA BEIRAS, 2003: 360 ss.; BERGALLI, 1997: 45 ss.; SERRANO-PIEDRAS, 1988: 97 ss.; ZAFFARONI, 2010: 369 s.
- 3 Para un análisis del concepto de *Razón de Estado*, y de su incompatibilidad con el Estado de Derecho, vid. FERRAJOLI, 1995: 808 s., 813 ss., 830 s.; FOUCAULT, 2004a: 243 ss., 261 ss., 293 ss.; LASAGABASTER HERRARTE, 2005: 185 ss.; MARESCA, 2005: 94 ss.

hablar de la existencia de verdaderos subsistemas penales de excepción⁴, que desde hace décadas suelen integrar en su seno el tratamiento de los hechos de violencia política y terrorismo⁵.

Sin negar esta circunstancia, se intuye que en el fenómeno de Guantánamo existen rasgos novedosos, que permiten distinguirlo de las expresiones de excepcionalidad penal previas, y entenderlo como un acontecimiento nuevo. De hecho, ni siquiera sería muy acertado entender que se trata de una muestra del denominado *Derecho penal del enemigo*, cuando menos si se atiende a los rasgos del modelo expuestos por el propio JAKOBS⁶. No en vano, es frecuente caracterizar los hechos de Guantánamo como un fenómeno anómico⁷.

En consecuencia, parece procedente indagar en qué consisten esos rasgos novedosos. Para ello, quizás resulta adecuado analizar algunas notas del contexto jurídico-político en el que se manifiestan los hechos de Guantánamo⁸.

En una aproximación iniciática a la materia, cabría sugerir que los elementos de discontinuidad con las elaboraciones más propiamente jurídicas de la excepcionalidad penal de la etapa anterior –las cuales, no obstante, continúan perviviendo en el momento presente– se hallan, entre otros extremos, en un cierto devenir global de la excepción y en su confusa hibridación con racionalidades bélicas.

En efecto, en primer lugar, la emergencia de la etapa presente ha devenido *global*. Si el ámbito territorial prioritario de manifestación de los riesgos afrontados mediante la *cultura de la emergencia* clásica era otrora el Estado-Nación, en el presente la emergencia se manifiesta como elemento de configuración de un espacio global, al que se acomodan las respuestas, políticas y jurídicas, a aquellos riesgos. La proyección sobre ese nuevo espacio de soberanía, en donde algunos elementos de la configuración de un nuevo territorio institucional –como los económicos–, tienen ya un elevado nivel de desarrollo⁹, pero en donde otros, singularmente los jurídico-políticos y, entre ellos, los dispositivos del

4 Sobre este concepto, vid., por todos, FERRAJOLI, 1995: 808 ss.

5 Sobre la consolidación del terrorismo como núcleo de la emergencia penal tradicional, vid. SERRANO-PIEDRACASAS, 1988: 95 s. Sobre la centralidad del terrorista como arquetipo del enemigo en el pensamiento de JAKOBS, vid. APONTE, 1999: 48 ss.

6 El propio JAKOBS se ha mostrado crítico con las detenciones indefinidas de Guantánamo, rechazando la incardinación del fenómeno en su concepto de *Derecho penal del enemigo*. Sobre ello, cfr. APONTE 2005: 46, 52.

7 Cfr., en este sentido, PAYE, 2005b: 31; ERICSON, 2007: 45. Vid. asimismo BECK, 2005: 195, 203.

8 Al margen de los otros perfiles innovadores del fenómeno de Guantánamo que son analizados a lo largo del texto, cabe hacer referencia al carácter *espectacular* del acontecimiento. En efecto, no se trata de una *via de hecho* ejecutada de forma reservada o clandestina, sino de un ejercicio de autoridad soberana no sometido al Derecho dotado de plena publicidad. Su carácter espectacular permite no sólo transmitir mensajes de seguridad, sino, sobre todo, mostrar un ejercicio de poder que pretende contribuir a la afirmación de una nueva autoridad soberana en el plano global. Vid., sobre todo ello, BUTLER, 2006: 108; PAYE, 2005a: 25; 2005b: 31, 159, 172; WHYTE, 2006: 59 –quien señala que Guantánamo es una expresión de lo que BENJAMIN consideraba *violencia creadora del Derecho*–.

9 Vid., sobre ello, CAPELLA, 1997: 260 ss., 272 ss.; FARIA, 2001: 92 ss., 121 ss.; MERCADO, 2005: 134 ss.; PÉREZ CEPEDA, 2007: 40 s.

Estado de Derecho, presentan un evidente retraso de conformación¹⁰, refuerza la lógica de la excepcionalidad, mediante un bajo nivel de juridificación de la resolución de conflictos.

En segundo lugar, la emergencia contemporánea, como forma de articulación del control dotada de rasgos, siquiera retóricamente, jurídico-penales, *se encuentra en su evolución presente con las lógicas bélicas*. La nueva valencia de la cultura de la emergencia se deriva también de las crecientes dificultades para diferenciar los dos ámbitos clásicos de la gestión estatal de la seguridad: el *interior*, reservado a los dispositivos policiales y jurisdiccionales, y el *exterior*, espacio propio de los instrumentos militares, bélicos. La proyección de la materia sobre el territorio global hace de esa delimitación interior-exterior una noción tendencialmente obsoleta, en la que la progresiva hibridación guerra-control penal se acomoda progresivamente en los bajos niveles de juridificación –y, por tanto, de respeto de los derechos y libertades fundamentales– que siempre ha caracterizado la fenomenología bélica¹¹.

Seguramente resulta de interés detenerse algo más en estas connotaciones de la excepcionalidad contemporánea, en la que se inscriben las *detenciones* de Guantánamo.

1. El terrorismo como amenaza en el contexto de la guerra global

El primer elemento que puede contextualizar las características de la excepcionalidad penal de la primera década de este siglo es el hecho de que se enmarca en un contexto histórico en que tanto el terrorismo como las respuestas a ese fenómeno se han insertado en una forma de violencia bélica que podría ser adecuadamente descrita como *guerra global*¹².

En efecto, la guerra del presente ha devenido global en el sentido de que se manifiesta como conjunto de conflictos armados que se desarrollan en el marco de un nuevo y efectivo territorio soberano, el terreno global (o, si se quiere, imperial), con independencia de que su escenario concreto sea un país específico¹³, en una suerte de proliferación permanente de verdaderas *guerras civiles globales*¹⁴. Ese salto de dimensión, ese devenir global de conflictos singulares, se ha debido no tanto a que en su realización se movilice el orden imperial en su conjunto, sino a que se desarrolla dentro de ese orden soberano, está condicionado por él y al tiempo lo condiciona, como segmento de una constelación de conflictos. Como

10 Vid., entre otros, GIDDENS, 1999: 170 ss.; HARDT/NEGRI, 2002: 50; PÉREZ CEPEDA, 2004: 1395 ss.

11 En la tradición del pensamiento occidental ha venido siendo entendido que la paz es la condición fáctica para el funcionamiento del Derecho, de modo que éste es incompatible con la guerra, sobre todo con la guerra civil (como señala ya el viejo aforismo latino *inter arma silent leges*). Sobre ello, vid. APONTE, 2005: 47 s.; BAUMAN, 2007: 126; FERRAJOLI, 2006: 799, 804.

12 Para una aproximación al concepto, vid. HARDT/NEGRI, 2004: 3 ss.; DAL LAGO, 2003: 43 ss.; ZARIFIAN, 2003: 12 ss. Las características de los fenómenos bélicos contemporáneos que se enuncian a continuación se ven reforzados en la medida en que la guerra global ha podido ser adjetivada de *permanente*. Sobre tal rasgo, vid., entre otros, BADIOU, 2005: 23; CICCARELLI, 2005a: 71, 73; HARDT/NEGRI, 2004: 4, 6, 14.; JOXE, 2003: 179 s.; PÉREZ CEPEDA, 2007: 125 s.; PORTILLA CONTRERAS, 2007: 121 s.

13 Vid., sobre ello, DAL LAGO, 2003: 59; HARDT/NEGRI, 2004: 3 s.; JOXE, 2005: 73.

14 Vid. HARDT/NEGRI, 2004: 3 s. Vid. asimismo BAUDRILLARD, 2003: 85; NEGRI, 2004: 62, 68 ss.; PORTILLA CONTRERAS, 2007: 124.

manifestación más evidente de ello, los conflictos bélicos del presente abandonan de forma tendencial la morfología de la confrontación entre estados, en la medida en que los contendientes presentan agregaciones mucho más flexibles, difusas y supra- (o infra-) nacionales¹⁵. Por otra parte, el escenario potencial del conflicto puede ser cualquier lugar del planeta, al margen de su mayor o menor proximidad física a los ámbitos territoriales de los contendientes¹⁶.

Por otra parte, la guerra y el terrorismo devienen globales porque, aunque haya cesaciones de los conflictos, ambos se convierten en condiciones generales, conforman un estado normal, en la medida en que la violencia letal se manifiesta constante y ubicuamente como potencia, presta siempre y en cualquier lugar a actualizarse. De este modo, la cesación de *hostilidades* no significa la conclusión de la guerra –o del terrorismo–, sino su mera modulación temporal¹⁷. La guerra tiende así a perder su característica de ruptura simbólica, social y temporal con la paz¹⁸; más aún, en la guerra global contra un enemigo difuso y recombinante no existe el momento de conclusión representado hasta el presente por la victoria¹⁹.

Estos rasgos conforman la elevación de la respuesta prioritaria al terrorismo, esto es, la guerra global, al estatuto de dispositivo de ordenación sistémica de primera magnitud, de verdadera matriz de conformación de las relaciones de poder y de las técnicas de dominación, en suma, de régimen global de biopoder²⁰. Retomando la matización que FOUCAULT o DELEUZE/GUATTARI²¹ hicieron en su momento de un conocido aforismo de VON CLAUSEWITZ ("*La Guerra es la continuación de la Política por otros medios*"), podría afirmarse que en la actualidad *la Política no parece ser sino la continuación de la Guerra por otros medios*²².

En efecto, la guerra se ha prefigurado en la actualidad como primordial mecanismo regulador de las transformaciones sistémicas en curso, hacia la conformación fáctica y normativa de un nuevo espacio de soberanía global-imperial, en el que la mutación del orden jurídico aparece como elemento constituyente²³, con singular trascendencia de las políticas bélicas y policiales de la guerra contra el terrorismo²⁴.

15 Vid. HARDT/NEGRI, 2004: 54 s.; DAL LAGO, 2003: 27; ŽIŽEK, 2002: 76.

16 Vid. HARDT/NEGRI, 2004: 14; DAL LAGO, 2003: 46 s. Vid. asimismo BAUMAN, 2007: 162.

17 Vid. HARDT/NEGRI, 2004: 38. Vid. asimismo CICCARELLI, 2005b: 94; GUARESCHI, 2005: 66 s.; PÉREZ CEPEDA, 2007: 126.

18 Vid. HARDT/NEGRI, 2004: 6 ss.; DAL LAGO, 2003: 26 ss., 46; ŽIŽEK, 2005: 86.

19 Vid. JOXE, 2003: 15, 17; VATTIMO, 2009: 72; ZEDNER, 2009: 122 s.

20 Vid. AGAMBEN, 2001; HARDT/NEGRI, 2004: 3 ss., 13 s., 21; DAL LAGO, 2005: 19 ss.

21 Cfr. DELEUZE/GUATTARI, 2002: 470 s.; FOUCAULT, 2000: 28 s., 52 s.

22 Cfr. BAUMAN, 2007: 126; CICCARELLI, 2005a: 70 s.; DAL LAGO, 2003: 21 ss. Para un análisis en profundidad del pensamiento de aquellos autores sobre el particular, vid. GUARESCHI, 2005: 52 ss. BAUDRILLARD, 2004: 24, por su parte, considera que "*la guerra actual es la búsqueda de la ausencia de política por otros medios*".

23 Vid. PAYE, 2005b: 7 s. Sobre el rol constituyente del Derecho Penal en la creación y legitimación de una estructura soberana imperial, vid. PAYE, 2005b: 160.

24 Vid. PAYE, 2005b: 141, 153 s. Sobre la lucha contra el terrorismo como dispositivo prioritario de autolegitimación estatal, vid. asimismo SCHEERER, 2006: 348 s. Sobre la consolidación del terrorismo como arquetipo del enemigo bélico del presente, vid. DAL LAGO, 2003: 52 s.; PAYE, 2005b: 8.

2. El ocaso de la dicotomía interior-exterior en materia de seguridad. La hibridación de lo bélico y lo policial

"Los ejércitos (...) no producen temor más que a quien se lo deben producir: los terroristas y los enemigos de la paz, y yo, como ministro de defensa, estaría muy preocupado si los delincuentes no sintieran temor ante la policía y las fuerzas armadas"
J. Bono, A Coruña, 29/V/2005

A los efectos de analizar las características de la excepcionalidad penal en el tiempo de Guantánamo, quizás uno de los rasgos más relevantes de los conflictos del presente es la progresiva indiferenciación de los planos –policial y militar– de gestión de la seguridad²⁵. Como se ha insinuado ya, tal tendencia se sustenta en una circunstancia estructural: la progresiva conformación de un orden soberano global, de un Imperio sin exterior, en el que esa distinción *interno-externo* pierde cada vez más sentido²⁶, de modo que las actividades bélicas aparecen como operaciones policiales de mantenimiento del orden²⁷.

Se trata de un proceso tendencial, contradictorio e imperfecto²⁸, lo cual no impide que presente elementos de consolidación. En este sentido, cabe hablar de dos dinámicas de hibridación paralelas y convergentes.

En primer lugar, las clásicas operaciones de policía, orientadas a una resolución final del conflicto de carácter jurisdiccional, desarrolladas por la Administración civil, y proyectadas sobre la garantía de la seguridad *interior* de los Estados, tienden a adoptar rasgos bélicos²⁹. Ello se evidencia en varias características de tales operaciones: a) fuerzas específicamente militares intervienen en la lucha contra redes y riesgos criminales; b) se produce, o cuando menos se persigue, la mayor implicación emocional de la colectividad; c) los adversarios de aquellas fuerzas públicas trascienden la referencia clásica del infractor, adquiriendo el estatuto de enemigos, con unos niveles de organización y peligrosidad en ocasiones muy superiores a los de los criminales clásicos; d) las tácticas de garantía de la seguridad emprendidas en este ámbito en ocasiones abandonan por completo la pauta policial clásica de persecución y puesta a disposición judicial del infractor, acogiendo lógicas bélicas de *eliminación* del enemigo³⁰, que ahora ya no son clandestinas, sino expresas y públicas.

25 Vid. BECK, 2003: 11, 48; BIGO, 2005: 53 s.; CRELINSTEN, 2004: 245; HARDT/NEGRI, 2004: 14 s.; DAL LAGO, 2003: 34, 82 s.; PÉREZ CEPEDA, 2007: 17, 130 s.; PORTILLA CONTRERAS, 2007: 67 ss.; PRITTWITZ, 2004: 174 ss.; ZEDNER, 2009: 54 ss.

FERRAJOLI, 2006: 802, por su parte, señala que la caracterización de los atentados del 11-S como acto de guerra ha devaluado la distinción y la asimetría entre Derecho y guerra.

26 Vid. BAUMAN, 2007: 162; CUTTITA, 2007: 39 s.; HARDT/NEGRI, 2002: 178 ss.; 2004: 14 s.; SAN MARTÍN SEGURA, 2006: 97; ZEDNER, 2009: 85.

27 Vid. CICCARELLI, 2005b: 92; PAYE, 2005b: 182.

28 Vid., sobre este carácter imperfecto, DAL LAGO, 2003: 60.

29 Vid. CRELINSTEN, 2004: 244 s.; PALIDDA, 2000: 34 s., 138; DELLA PORTA/REITER, 2006: 719, 721; RIGOUSTE, 2008: 88 ss. Para una crítica político-criminal de este fenómeno, vid., entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, 2005: 33; PÉREZ CEPEDA, 2007: 133; PRITTWITZ, 2004: 181.

30 Resulta significativo en este punto la adopción por parte del Reino Unido, en el marco de la denominada *Operación Kratos* contra el terrorismo, de una guía de prácticas policiales que recomendaba matar a los sujetos sospechosos de ser terroristas suicidas, pauta de conducta ya seguida en otros países no occidentales. Al respecto, vid. el diario *The Guardian* de 25/VII/2005 y 27/VII/2005.

Las redes de la inmigración ilegal, el tráfico de drogas organizado y, sobre todo, el terrorismo global aparecen en este sentido como realidades criminales destinatarias de un control ejercido con formas militares³¹. Ejemplos de esa implicación militar en actividades clásicamente entendidas como de policía, y dirigidas frente a fenómenos delictivos como los mencionados, pueden encontrarse en el pasado reciente en la práctica totalidad de los países occidentales³², incluida España³³.

En segundo lugar, las operaciones bélicas, de protección *exterior* de los Estados, aparecen cada vez más como actividades de policía en el marco del orden soberano global³⁴. Pueden identificarse diversas razones que explican esta tendencia³⁵:

En primer lugar, el enemigo bélico ya no corresponde al paradigma del Estado extranjero, dotado de una mínima legitimidad soberana³⁶, sino que aparece caracterizado por rasgos que lo aproximan más bien a los perfiles tradicionales del criminal³⁷. Las operaciones bélicas se presentan como confrontación axiológica, como verdaderos conflictos civilizatorios, con unos códigos éticos susceptibles de ser universalmente compartidos, y ajenos a la mera contradicción política. Estas *guerras justas* configuran al enemigo directamente como infractor criminal –generalmente, terrorista– o como sujeto que atenta contra bienes jurídicos básicos –los derechos humanos–, por mucho que ello resulte una interpretación de un simplismo manifiesto³⁸.

En segundo lugar, las operaciones bélicas se acomodan a narrativas que responden más a la lógica de la aplicación de la ley y de la garantía del orden público que a la de las guerras en sentido propio, ya que son presentadas como actividades de persecución o sanción de infractores por determinados crímenes transnacionales –terrorismo, tráfico de drogas, genocidio–³⁹.

En tercer lugar⁴⁰, estas operaciones adquieren la normalidad propia de las labores de policía, perdiendo el rasgo de momentos de ruptura y de movilización total que

31 Vid. DAL LAGO, 2003: 34, 63. El empleo de medios militares en operaciones antiterroristas incluso se ha contemplado de forma expresa en el art. 28-B TUE y en el art. 188-R TCE tras su reforma por parte del *Tratado de Lisboa*.

32 Cfr. DAL LAGO, 2003: 60 ss. Cfr. asimismo DELLA PORTA/REITER, 2006: 719.

33 Y ello a pesar de que en el caso español la cobertura normativa de algunas de estas operaciones sea, en el ordenamiento vigente, dudosa, quizás con la excepción del art. 16.c) de la L.O. 5/2005, de 17/XI, *de la Defensa Nacional*, que establece que una de las operaciones que corresponden a las fuerzas armadas es la de apoyo a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo. Para un análisis jurídico de este género de operaciones en el marco del ordenamiento jurídico español, vid. ARROYO MARTÍNEZ, 2005: 211 ss.

34 Vid. BADIOU, 2004: 62 s.; BIGO, 2005: 72 s.; CREINSTEN, 2004: 245; DAL LAGO, 2003: 47, 54 s., 58 s., 82 s.; PORTILLA CONTRERAS, 2007: 122, 124 s.; PRITTWITZ, 2004: 180.

35 Vid., sobre ello, HARDT/NEGRI, 2004: 15 s.; PAYE, 2005b: 7 s., 154, 161 s., 168 s. Vid. asimismo DAL LAGO, 2003: 33, 37 s., 58 s.

36 Vid. HARDT/NEGRI, 2004: 54 s.; JOXE, 2003: 184 s.; VIEJO VIÑAS, 2005: 145; ŽIŽEK, 2005: 76.

37 Vid. BADIOU, 2004: 79 ss.; CICCARELLI, 2005a: 68, 71; DAL LAGO, 2003: 27 s.

38 Sobre la lectura de los conflictos bélicos globales del presente como *guerras justas*, vid. PORTILLA CONTRERAS, 2007: 125 ss.

39 Vid. DAL LAGO, 2003: 28, 54 s.

40 Vid. DAL LAGO, 2003: 46 s.

tradicionalmente ha caracterizado a los fenómenos bélicos. La razón fundamental de ello se halla en varias características de la novedosa morfología de las actividades bélicas, que en cierta medida remiten a la teoría estratégica que en la última década ha sido conocida como *Revolución en Asuntos Militares*⁴¹: la tendencial superación de los ejércitos de leva, la drástica reducción de las víctimas propias⁴², el alejamiento físico de la vida cotidiana occidental⁴³, la tendencial brevedad de los conflictos⁴⁴, la flexibilidad y variable intensidad de las actividades bélicas⁴⁵.

En cuarto lugar, como expresión jurídico-constitucional de esa normalidad policial, y de esa mencionada pérdida de control civil, las operaciones bélicas del presente tienden a eludir los momentos de fractura formal que suponen las declaraciones de guerra⁴⁶. Las reglas normativas vigentes sobre el particular decaen como consecuencia de la interpretación simbólica de la confrontación como actividad no estrictamente bélica, sino más bien policial, así como por la decisión y verificación de tales operaciones no ya en un contexto de soberanía estatal, sino global.

Esta última característica no es sino una expresión singular de la progresiva superación de las categorías y pautas de aplicación del Derecho Internacional que se manifiestan en los más recientes conflictos bélicos globales⁴⁷, de lo que la situación de los *detenidos* de Guantánamo no sería sino la evidencia más palmaria. En la fenomenología de la guerra global el proceso histórico de progresiva sujeción de las relaciones internacionales y de sus aspectos bélicos al Derecho, que en el orden penal se plasma de forma singular en la institución de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente, parece haber experimentado una manifiesta involución, consonante con la afirmación de la emergencia como modo de afrontar *jurídicamente* los fenómenos criminales de carácter global⁴⁸. De algún modo, las reglas establecidas para regir un orden internacional –v. gr., la funcionalidad y la propia capacidad de actuación de la ONU– parecen acusar una creciente obsolescencia en el contexto de un emergente orden imperial-global⁴⁹. En este sentido, el proceso podría ser interpretado del siguiente modo: en vez de proyectar el Estado de Derecho sobre actividades

41 Para un análisis de la denominada *Revolución en Asuntos Militares* (RMA, en sus siglas en inglés), vid. HARDT, 2005: 20 ss.; JOXE, 2003: 137 ss., 167 ss.; KLEIN, 2007: 381 ss.; DAL LAGO, 2003: 30 ss., 51 ss.; 2005: 23 ss. Para un análisis de la derrota práctica de la RMA como consecuencia de los resultados de la guerra de Irak, vid. HARDT/NEGRI, 2009: 210 s.

42 Vid. DAL LAGO, 2003: 30 s., 48 s.; HARDT, 2005: 20.

43 Vid. DAL LAGO, 2003: 31, 50; 2005: 16 s.; ŽIŽEK, 2002.

44 Vid. DAL LAGO, 2003: 28, 55 s.

45 Vid., sobre ello, DAL LAGO, 2003: 29 s.

46 Vid. BADIOU, 2005: 23; JOXE, 2003: 17; DAL LAGO, 2003: 27, 47.

Precisamente la ausencia de los requisitos formales que permiten hablar, jurídicamente, de "*tiempos de guerra*", es lo que permite sostener a GONZÁLEZ CUSSAC, 2005: 32 s., que no es posible invocar la existencia de una *guerra contra el terrorismo*, y que, en consecuencia, el fenómeno ha de ser abordado con los instrumentos del Derecho Penal (del Estado de Derecho).

47 Vid. DAL LAGO, 2003: 28, 32 s., 86; RAMÓN CHORNET, 2005: 237 ss. Vid. asimismo BRAVO LIRA, 2004: 133 ss.; CICCARELLI, 2005a: 68 s.; FERRAJOLI, 2003: 67 ss.; PÉREZ CEPEDA, 2004: 1366 ss.

48 Vid. DAL LAGO, 2003: 35; CICCARELLI, 2005b: 92.

49 Vid., en este sentido, JOXE, 2003: 199.

militares entendidas cada vez más como operaciones de policía, se produce la evolución inversa, esto es, como no se trata de guerras convencionales, no debe extenderse a ellas el Derecho de guerra que progresivamente se ha ido conformando⁵⁰.

La creciente hibridación de las actividades de garantía de la seguridad *interior* y *exterior*, policiales y militares, se ve reforzada por un cierto paralelismo en la evolución de ambas dinámicas de gestión de conflictos. Los recortes de los niveles de tolerancia social, la expansión del sistema penal y el incremento de sus niveles objetivos de severidad aparecen como correlatos de una globalización crecientemente armada, de un dispositivo de gobernación sistémica que al menos durante la primera década del siglo ha estado centrado en las operaciones policiales-bélicas⁵¹.

III. DE LO INNOVADOR Y DE LO PERMANENTE EN LA EXCEPCIONALIDAD PENAL

Como se ha apuntado, la connotación de la excepcionalidad penal del presente con ciertos rasgos bélicos explica que algunos modos de funcionamiento de esa parte del sistema penal se manifiesten con notas propias de los momentos de ruptura y de implicación emocional colectiva que tradicionalmente han caracterizado a los conflictos guerreros. La emergencia ante las grandes realidades criminales de carácter transnacional –ante todo, el terrorismo–, situada en esa zona gris en la que se confunden lo policial y lo militar, lo *interior* y lo *exterior*, genera algunos efectos en materia de cohesión y reordenación social muy propios de los momentos de movilización total bélica. En efecto, lejos de las retóricas neoliberales de la minimización de la Administración⁵², y al margen también de los límites que le interpone su propia incapacidad en el plano global, el Estado fuerte del presente reconstruye en el plano de la seguridad una narrativa de legitimación, con una muy notable potencialidad para conformar la percepción social de la realidad. Se trata de una narrativa a cuya operatividad contribuyen determinados presupuestos previos: a) la centralidad adquirida por el valor seguridad, y, en concreto, la existencia de una cierta ansiedad colectiva ante la inseguridad, o incluso la afirmación del miedo como uno de los motores de la evolución social; b) en relación con ello, el desorden y la incertidumbre generados por la crisis de determinados referentes identitarios de carácter sistémico. Partiendo de estos presupuestos, en la construcción de enemigos se reproduce una narrativa de la identidad y de la alteridad, con frecuentes ecos a la retórica esencialista del *choque de civilizaciones*⁵³.

Esta narrativa de la identidad y de la alteridad tiene una incidencia directa sobre el ámbito político-criminal. La afirmación en sentido fuerte de esa alteridad del *enemigo*

50 Cfr., de esta opinión, BELTRÁN DE FELIPE, 2005: 359.

51 Cfr., sobre ello, DE GIORGI, 2002: 27 ss.; DAL LAGO, 2003: 84 s.; HARDT/NEGRI, 2004: 17, 298 s.

52 Sobre la falaz afirmación de un Estado débil en una etapa de implantación de buena parte de los dogmas neoliberales, vid. BERGALLI, 2003: 67 ss.; FOUCAULT, 2004b: 123 ss., 137 ss.; HARDT/NEGRI, 2003: 57, 61 s.; MARTÍNEZ DE PISÓN, 2006: 56 ss.; SUSÍN BETRÁN, 2006: 128 ss.; WACQUANT, 2004: 26 s., 61 ss., 169, 175.

53 Para una aproximación crítica a la tesis del *choque de civilizaciones*, vid., por todos, BALIBAR, 2005: 137 ss.; SAID, 2005: 117 ss.; YOUNG, 2003: 167 ss., 187 ss.; ŽIŽEK, 2005: 37 ss.

presenta un inviable acomodo con las racionalidades universalistas propias de las construcciones jurídico-políticas de la Modernidad y, en concreto, del Estado de Derecho. El *enemigo* contemporáneo, en tanto que radicalmente *otro*, arriesga ser plenamente desprovisto del estatuto no ya de ciudadano, sino de persona⁵⁴ (como admite expresamente JAKOBS⁵⁵), perdiendo de este modo los derechos y garantías que en su confrontación con el sistema penal deberían asistirle⁵⁶. De esta forma, y al margen de las evoluciones antigarantistas experimentadas en diversas etapas de la Modernidad por el sistema penal, en la primera década de este siglo se sentaron las bases de una fase diferente, y desde la perspectiva del Estado de Derecho más grave: la etapa de progresiva consolidación del Derecho Penal de la *no-persona*⁵⁷, de un *Derecho Penal del enemigo*⁵⁸ realmente existente.

En cierta medida, esa narrativa no hace otra cosa, en el marco de la confusión de los planos de seguridad anteriormente mencionada, que transponer al ámbito del tratamiento jurídico de la criminalidad la dialéctica amigo-enemigo tan propia de las lógicas bélicas⁵⁹, en una cierta reedición de aspectos cuestionables de las tesis de determinados pensadores ilustrados o pre-ilustrados (KANT o HOBBS, entre otros)⁶⁰. Sin embargo, esa operación simbólica comporta unos riesgos difíciles de obviar, en la medida en que quiebra la idea de ciudadano, que siempre ha sido el presupuesto subjetivo no sólo del funcionamiento del Estado moderno, sino sobre todo de la aplicación del Estado de Derecho y, por lo tanto, del sistema penal garantista que pretende acomodarse al mismo.

La narrativa comentada presenta una notable solidez, aunque sólo sea porque el nuevo *enemigo-criminal* está dotado de unos perfiles que refuerzan su peligrosidad y su alteridad, abonando de este modo la obsesión social por la seguridad y el tratamiento jurídico en clave de excepción. El enemigo contemporáneo es paradigmáticamente el terrorista; no obstante, en parte por la propia porosidad del concepto de terrorismo⁶¹, se trata de una

54 Vid. DAL LAGO, 2005: 30; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2005: 169 s.; PRIETO NAVARRO, 2005: 73 s.

55 El propio JAKOBS, en su teorización del *Derecho penal del enemigo*, califica al *enemigo* de '*no-persona*' (cfr. JAKOBS, 2004: 60). Para un análisis en profundidad del sentido que otorga el autor alemán a esta caracterización, vid. GONZÁLEZ CUSSAC, 2007: 209 ss.; GRACIA MARTÍN, 2005a: 175 ss., 211 ss.

56 Vid. DAL LAGO, 2005: 17 s., 29 s.

57 En este sentido, cabría entender que la consideración como "*combatientes ilegales*" de un número indefinido de los detenidos en la guerra global contra el terrorismo, y el tratamiento que lleva aparejada, pueden ser las mejores expresiones de la constitución de la categoría jurídica del enemigo como "*no-persona*". Vid., en este sentido, DAL LAGO, 2003: 38; PORTILLA CONTRERAS, 2002: 91.

58 Para una aproximación a esta tesis, vid., en una bibliografía inabarcable, APONTE, 1999: *pássim*; CANCIO MELIÁ, 2003: 57 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, 2005: 34 ss.; GRACIA MARTÍN, 2005a: 89 ss.; IGLESIAS SKULI, 2009: 345 ss.; JAKOBS, 2003: 19 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2001: 163 ss.; ZAFFARONI, 2006: *pássim*; así como los múltiples trabajos de los dos volúmenes de CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2006.

59 Sobre la incompatibilidad entre Estado de Derecho y lógica amigo-enemigo, vid. FERRAJOLI, 1995: 830; 2006: p. 803, quien enfatiza que esa dicotomía no es el paradigma de la política, como quería SCHMITT, sino de la guerra.

60 Vid., sobre ello, GONZÁLEZ CUSSAC, 2007: 206 s.; GRACIA MARTÍN, 2005b: 455 ss.; PÉREZ DEL VALLE, 2001: 597 ss.; PORTILLA CONTRERAS, 2007: 217 ss.; ZAFFARONI, 2005: 1078 ss.; 2006: 122 ss. Las referidas conexiones del pensamiento de JAKOBS en este punto, más próximas a HOBBS o KANT que a ROUSSEAU o FICHTE, pueden verse en JAKOBS, 2003: 25 ss.

61 Sobre la porosidad de la noción penal de terrorismo, de la que puede ser una buena expresión la definición del art. 1 de la Decisión marco del Consejo (2002/475/JAI), de 13/VI/2002, *sobre la lucha contra el terrorismo*, vid. GARCÍA RIVAS,

etiqueta con notables potencialidades de expansión difusa⁶². Ese enemigo contemporáneo presenta rasgos de especial perversidad, como los siguientes⁶³: a) es individualizable, pero difuso, y puede esconderse en cualquier lugar; esta tendencia a la invisibilidad es lo que permite la permanente redefinición del enemigo, a los efectos de rediseño de la organización y cohesión sociales⁶⁴; b) es nómada, ya que puede moverse clandestinamente por cualquier territorio; c) por ese carácter difuso, y por su movilidad, se encuentra tanto dentro como fuera de *nuestra* sociedad; d) es imprevisible en su inhumano comportamiento; e) puede ser, con grandes sacrificios y compromisos colectivos, provisionalmente batido, pero resulta casi imposible de derrotar de forma definitiva⁶⁵.

En suma, los perfiles "*ontológicos*" del enemigo-criminal del presente crean las condiciones idóneas para que su tratamiento por parte del sistema penal discurra por vías jurídicas divergentes de la tradición del Estado de Derecho. Sus potencialidades para incrementar la sensación social de inseguridad, para generar una cohesión social omnicomprensiva en su contra, para reforzar un estatuto de alteridad apto para despojarlo de su condición de ciudadano o de persona y para vivir su amenaza como emergencia conforman los sólidos presupuestos de un renovado subsistema penal de excepción, de un *Derecho Penal del enemigo* realmente existente. Seguramente el fenómeno de las *detenciones* de Guantánamo no es sino la expresión más palmaria del subsistema penal de excepción global⁶⁶.

Sin perjuicio de todo ello, en el momento de pensar la relación entre lo innovador y lo clásico en materia de excepcionalidad penal, intentando con ello enmarcar un contexto de sentido para los hechos de Guantánamo, es necesario detenerse en un rasgo de aquella específica cultura político-criminal que permite aproximarse a lo que constituirá la última parte del análisis: el entendimiento del fenómeno *penal* de la isla de Cuba como expresión de un *estado de excepción sui generis*.

La excepcionalidad penal de las últimas décadas del siglo XX fue presentada, como su propia denominación indica, como solución de carácter extraordinario y restringido, pensada exclusivamente para el terrorismo y la violencia política de aquella etapa. Al mismo tiempo, su excepcionalidad se proyectaba también sobre el plano temporal, ya que aparecía como una solución con plazo de caducidad, diseñada hasta la desaparición del fenómeno criminal frente al que surgía⁶⁷.

2005: 14 s., 23; HUSABØ, 2005: 60 s.; PAYE, 2005b: 17 s., 48, 50 ss., 157 s., 186 ss. Sobre ello, vid. asimismo FERRAJOLI, 1995: 820 s., 833; ZAFFARONI, 2010: 373 s.

62 Vid. CHANG, 2004: 49 s., 120, 128 ss.; PALAZZO, 2006: 670 s.; ROBIN, 2006: 188 s.

63 Sobre ello, vid., entre otros, DE GIORGI, 2002: 35 ss.; HARDT/NEGRI, 2004: 54 s.

64 Vid. PAYE, 2005b: 8, 162, 173, 186; ŽIŽEK, 2002.

65 Sobre las dificultades de victoria militar en una guerra global contra el terrorismo, vid. BUTLER, 2006: 110; DAL LAGO, 2003: 33, 108 s.

66 Para un análisis más detenido de las manifestaciones de ese subsistema penal de excepción global, permitase la remisión a BRANDARIZ GARCÍA, 2007: 212 ss.

67 Vid., por todos, RIVERA BEIRAS, 2005: 249; ZEDNER, 2009: 123.

Sin embargo, con la perspectiva ya de algunas décadas, parece evidente que el ocaso de aquel fenómeno no comportó la propia caducidad de la normativa penal de excepción. La etapa vivida desde entonces evidencia una normalización de la excepcionalidad⁶⁸, a la que parece haber contribuido una cierta asunción, institucional y social, de la compatibilidad de aquella normativa con el Estado de Derecho y con el marco constitucional⁶⁹. Esta tendencia a la generalización es precisamente lo que convierte a la tesis jakobsiana del diseño del Derecho penal del ciudadano y del Derecho penal del enemigo como compartimentos estancos en una pretensión quimérica⁷⁰.

De este modo, puede hablarse hoy de *normalización de la excepción*, cuando menos en dos sentidos. En primer lugar, en la medida en que las emergencias criminales tienden a multiplicarse (inmigración irregular, narcotráfico, etc.) y a hacerse cada vez más frecuentes, con independencia de la mayor o menor entidad cuantitativa, o incluso cualitativa, de las amenazas (vid., por ejemplo, la *emergencia* penal en torno a la problemática de la pederastia, o, incluso, la relativa a la violencia doméstica). Normalización, en segundo lugar, en la medida en que tras la cesación o contracción de esas amenazas criminales específicas, la concreta regulación de excepción prevista para ellas permanece en vigor, legitimando los efectos de limitación de libertades que de sus disposiciones se derivan.

En suma, el subsistema de excepción, como cabía esperar, ha mostrado una evidente tendencia a trascender sus límites originarios, con una capacidad no sólo de consolidación, sino de difusa expansión, contaminante del conjunto del sistema penal⁷¹.

Como consecuencia de ese proceso de *normalización* de la excepcionalidad, el subsistema penal de excepción actual presenta características que predicen una maduración de las lógicas de la emergencia de fines del siglo XX. Sin embargo, al mismo tiempo presenta una neta discontinuidad con aquella etapa, ya que no se trata sólo del resultado de su consolidación. El subsistema penal de excepción contemporáneo es más bien el producto de la hibridación de esa maduración con elementos novedosos, correspondientes a la presente etapa, que no sólo suponen una cierta exacerbación de sus características ya tradicionales, sino que le permiten incorporar notas de innovación, y seguramente más gravosas desde la perspectiva de mantenimiento de las coordenadas del Estado de Derecho de la última Modernidad.

Uno de los elementos de innovación fundamentales, ya aludido, es la hibridación con la lógica y las actividades bélicas. Volviendo a él, puede percibirse que es la condición de la

68 Vid. FARALDO CABANA, 2004: 315 s.; GONZÁLEZ CUSSAC, 2005: 33, 36; MAIER, 2006: 299, 312; PAYE, 2005b: 69 s., 158; PÉREZ CEPEDA, 2004: 233 s.; PORTILLA CONTRERAS, 2004: 43 ss.; ZEDNER, 2009: 123 ss., 149.

69 Vid., sobre ello, FERRAJOLI, 1995: 831 ss., compatibilidad que el autor rechaza.

70 Vid., en este sentido, CANCIO MELIÁ, 2003: 22, n. 25; PEPINO, 2006: 870; PALAZZO, 2006: 678, 682. Sobre la tesis según la cual la legitimidad del *Derecho Penal del enemigo* podría proceder de su construcción como segmento especial del sistema frente a fenómenos excepcionales, a los efectos de evitar el peligro de contaminación del Derecho penal común (*del ciudadano*), vid. JAKOBS, 2004: 61; SILVA SÁNCHEZ, 2001: 166.

71 Vid., entre otros, BERGALLI, 1997: 48 ss.; FERRAJOLI, 1995: 831 ss.; RIVERA BEIRAS, 2005: 249. Vid. asimismo PORTILLA CONTRERAS, 2010: 227, 235 s.

guerra como momento de excepcionalidad⁷², como estado de excepción limitado cronológica y espacialmente, lo que decae en el presente, ante la conformación de una situación en la que la actividad bélica global deviene más bien regla, y no resulta temporalmente limitada, sino permanente. Ese estado de guerra global, a pesar de devenir regla, en línea de principio continúa acomodándose a la morfología clásica del *estado de excepción*, ya que sigue suponiendo una tendencial suspensión del Estado de Derecho y una afirmación de un poder soberano fuerte, necesario para garantizar la pervivencia del propio sistema político.

En segundo lugar, ante amenazas globales las lógicas jurídico-penales de excepción que las enfrentan se globalizan igualmente. Y en la proyección sobre ese nuevo espacio de soberanía, tales lógicas jurídico-penales tienden a perder la referencia del Estado de Derecho, que en absoluto ha emprendido un proceso de globalización similar.

IV. LA CONFORMACIÓN DE UN ESTADO DE EXCEPCIÓN SUI GENERIS: DE SCHMITT A AGAMBEN, Y MÁS ALLÁ

La referencia al *Estado de Excepción* no parece, en relación con los procesos político-jurídicos objeto de análisis, peregrina⁷³. SCHMITT⁷⁴, partiendo de que la soberanía se funda sobre el poder de decisión, desvinculada de cualquier obligación jurídica, consideraba que la capacidad de decidir sobre el *estado de excepción* es lo que revela la autoridad soberana⁷⁵. A pesar de ser una categoría que se sitúa en la intersección entre lo jurídico y lo político, es decir, de aparecer en principio como manifestación de un desequilibrio entre el Derecho público y el hecho político, lo característico del *estado de excepción* en la teorización schmittiana es que es insertado, por parte del poder soberano, en el orden jurídico⁷⁶. En efecto, por medio de esa categoría se juridifica la situación de excepción, como suspensión del Derecho realizada por el poder soberano con el fin de conservación del Estado –y del propio sistema jurídico– ante conflictos internos particularmente graves. Según diversos autores, este proceso es el que parece presenciarse, en la consolidación de un nuevo espacio soberano global, de carácter imperial⁷⁷.

No obstante, en el momento de constitución imperial concurre un rasgo nuclear del proceso que supone una discontinuidad con el estado de excepción tal como venía siendo teorizado. El *estado de excepción* del presente se generaliza –con lo que renuncia

72 Vid., sobre ello, AGAMBEN, 2003a: 58; FERRAJOLI, 1995: 829 s.

73 Vid., en este sentido, VIEJO VIÑAS, 2005: 145 s.; ŽIŽEK, 2005: 85 s. Vid. asimismo PORTILLA CONTRERAS, 2007: 136 s.

74 Vid. fundamentalmente sus obras SCHMITT, 1990; 1999. Sobre la teorización de referencia del autor alemán, vid. AGAMBEN, 1998: 27 ss.; 2003a: 57 ss.; 2003b: 9 s., 56 ss.; IGLESIAS SKULJ, 2009: 194 ss.; LACASTA-ZABALZA, 2006: 163 ss.; PAYE, 2005b: 164 ss.; PORTILLA CONTRERAS, 2007: 81 ss., 208 ss.; ZAFFARONI, 2005: 1083 ss.

75 Cfr. SCHMITT, 1990: 11. Vid., sobre ello, AGAMBEN, 2003b: 60 s.; IGLESIAS SKULJ, 2009: 194 s.; PAYE, 2005b: 164 ss.

76 Esa inserción se realiza, por el autor germano, mediante las correspondientes distinciones entre *normas de Derecho* y *normas de realización de Derecho*, y entre *poder constituido* y *poder constituyente* (vid. AGAMBEN, 2003b: 57 ss.). Esta intención de insertar el *estado de excepción* en el sistema jurídico no es un planteamiento consensuado, ya que un sector significado de la literatura lo ha entendido como un fenómeno esencialmente político externo a ese sistema (vid. AGAMBEN, 2003b: 41 s., 54, 86; SAN MARTÍN SEGURA, 2008: 343 ss.).

77 Cfr., en este sentido, AGAMBEN, 2003b: 12, 18, 146; PAYE, 2005b: 165, 171; VIEJO VIÑAS, 2005: 144.

a su proclamación formal-, es decir, deja de estar limitado en el tiempo y vinculado a una situación determinada⁷⁸; de este modo la institución pasa de ser una suspensión provisional del Derecho para devenir forma de transformación global de las modalidades de ejercicio del poder hacia la conformación de un orden jurídico radicalmente mutado⁷⁹.

Se trata, por tanto, de una coyuntura nueva, para cuya caracterización incluso la tesis schmittiana se intuye inadecuada. Inadecuada no sólo porque haya sido pensada para el contexto jurídico-político del Estado moderno⁸⁰, sino también porque aquella categoría de *estado de excepción* suponía una discontinuidad temporal preordenada a la reintegración del orden jurídico, mientras que en el plano global no existe aún un verdadero orden jurídico que condicione la legitimidad del monopolio de la fuerza. En realidad no se manifiesta un momento de excepción, sino de *normalidad política* de unas dinámicas securitarias teóricamente extraordinarias⁸¹. No en vano, en este contexto imperial la definición de un enemigo y su eventual *eliminación* no dan lugar a una pacificación, y ulterior retorno a la lógica jurídica, lo que supone una divergencia del planteamiento schmittiano, en el que el momento de excepción determina la restauración de la seguridad y el orden. Tal recuperación de la normalidad es difícilmente viable en el plano global, no sólo por la aludida carencia de un verdadero orden jurídico al que retornar, sino también por la ausencia de un soberano que pueda ejercitar el decisionismo schmittiano⁸².

De este modo, un estado de excepción generalizado es una contradicción, terminológica y jurídico-política. Un estado de excepción proyectado durante un tiempo indeterminado⁸³ y tendencialmente extendido al conjunto de los espacios públicos y privados constituye un verdadero cambio de régimen político (global)⁸⁴, hacia un modelo en el que se difuminan los controles y equilibrios entre poderes, otorgando al Ejecutivo la prioridad hegemónica⁸⁵. En ese nuevo orden soberano, en el que se constituye un régimen singular de biopoder⁸⁶, el

78 Vid. AGAMBEN, 2003b: 29; BECK, 2008: 115 s.; CICCARELLI, 2005a: 67; ERICSON, 2007: 26; HARDT/NEGRI, 2009: 373; NEGRI, 2008: 69 y s.; SAN MARTÍN SEGURA, 2008: 339 s.; WALKER, 2005: 47; WHYTE, 2006: 60.

Con todo, AGAMBEN, 1998: 212 ss.; 2003b: 26 ss.; ŽIŽEK, 2005: 85, recuerdan que en gran medida la *excepción* ya fue la regla durante la Modernidad, o en algunos momentos de la misma.

79 Vid. AGAMBEN, 2003a: 58 s.; PAYE, 2005b: 166; PORTILLA CONTRERAS, 2007: 81 s., 99; SAN MARTÍN SEGURA, 2008: 347 s.; VIEJO VIÑAS, 2005: 147.

Sin perjuicio de lo apuntado, para una interesante crítica de la unidimensionalidad del planteamiento de AGAMBEN sobre el particular, vid. BUTLER, en BUTLER/SPIVAK, 2009: 50, 69 s., 73; COCCO, 2009: 116 s.; HARDT/NEGRI, 2009: 57 s.; SAN MARTÍN SEGURA, 2008: 340 s., 346 s.

80 Vid. BECK, 2008: 116 s.; CICCARELLI, 2005b: 91; WALKER, 2005: 42, 51.

81 Vid. BECK, 2008: 215 s.; CICCARELLI, 2005b: 91.

82 Ibidem.

83 Vid. BUTLER, 2006: 124; CAMPDERRICH BRAVO, 2007: 50. A ese carácter indefinido del estado de excepción se alude también en la argumentación sostenida por el ejecutivo británico con ocasión de la resolución de la Cámara de los Lores de 16/XII/2004, que determinó la inadmisibilidad de la regulación de la detención temporalmente ilimitada, prevista en las secciones 21 y ss. de la *Antiterrorism, Crime and Security Act* de 2001.

84 Vid. AGAMBEN, G., 2001; 2003b: 146; BUTLER, 2006: 124; VIEJO VIÑAS, 2005: 144.

85 Vid. BUTLER, 2006: 93; HARDT/NEGRI, 2004: 17 s.; PAYE, 2005a: 24 ss.; 2005b: 33 s., 159, 173 s.; PÉREZ CEPEDA, 2007: 134. Vid. asimismo AGAMBEN, 2003a: 61, 66; PORTILLA CONTRERAS, 2007: 178 s., n. 256.

86 Vid. PAYE, 2005b: 123, 154, 184. Vid. asimismo VIEJO VIÑAS, 2005: 144.

sujeto individual no es –aún– ciudadano, en ausencia de un régimen de derechos, libertades y garantías que conformen el nuevo Estado de Derecho global⁸⁷.

Estas podrían ser, expuestas de forma sintética, algunas de las características de la evolución del subsistema penal de excepción durante la primera década del siglo, en relación con fenómenos como el de las *detenciones* de Guantánamo. De uno u otro modo, y más allá de las discusiones sobre el carácter propiamente jurídico de algunos de tales fenómenos, estas son las características que ha adquirido el *Derecho Penal y Procesal Penal (global) del enemigo* realmente existente.

Un subsistema penal de excepción tendencialmente global en el que se van afirmando diversos rasgos que suponen un cierto reequilibrio de los parámetros según los cuales se ha venido regulando jurídicamente la función pública de penar⁸⁸. En primer lugar, en la forma de redefinir la gestión de la convivencia frente a los hechos delictivos mediante la pena se manifiesta una creciente centralidad soberana del poder ejecutivo⁸⁹. No se trata especialmente del conocido proceso de degradación de los poderes efectivos del legislativo, sino más bien de una progresiva apropiación de competencias tradicionalmente jurisdiccionales. Las *detenciones* de Guantánamo, pero también normas como la *Usa Patriot Act* (2001) estadounidense o las *Anti-terrorism, Crime and Security Act* (2001), *Prevention of Terrorism Act* (2005) y *Terrorism Act* (2006) británicas, o las *listas negras* de individuos y organizaciones consideradas terroristas, que ha instituido la Unión Europea⁹⁰, del mismo modo que el conjunto de la normativa sobre control de las migraciones irregulares, evidencian la intención de disponer de facultades de control y de imponer medidas de una severidad extraordinaria y de una naturaleza materialmente penal, por parte de la propia Administración, así como la voluntad de restringir al máximo la posibilidad de control judicial sobre tales actos administrativos. De este modo, la presunción tiende a sustituir a la acreditación de los hechos como presupuesto de aplicación de las consecuencias jurídicas en presencia⁹¹.

Un segundo rasgo del nuevo subsistema penal de excepción global, que en cierta medida se vincula a lo ya apuntado, se refiere a una relevante dependencia del aparato judicial en relación con la actividad policial, y al paralelo debilitamiento de la labor

87 En el sentido de lo afirmado en el texto apuntó algún proyecto de ley, como el de la estadounidense *Domestic Security Enhancement Act -o Patriot Act II-* (presentado en enero de 2003; texto electrónico en <www.publicintegrity.org/dtaweb/downboade/Story_01_020703_doc_1.pdf>), que entendiendo (en su sección 501) la implicación en determinadas actividades delictivas como renuncia a la nacionalidad, muestra la crisis de la condición de ciudadano (vid. PAYE, 2005b: 39, 160; VIEJO VIÑAS, 2005: 146). Sobre dicho proyecto normativo, vid. asimismo ABELE, 2005: 69 ss., 81 s.; PORTILLA CONTRERAS, 2007: 192 ss.

88 Sobre ello, vid. lo ya expuesto en BRANDARIZ GARCÍA, 2007: 256 ss.

89 Vid., en el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, 2007: 134.

90 Dichas listas se han confeccionado al amparo del Reglamento (CE) n° 2580/2001, de 27/XII/2001, *sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo*.

91 Vid. ABELE, 2005: 47 s., 105; PAYE, 2005b: 55 s., 136, 159, 175 s. Vid. asimismo BUTLER, 2006: 17 s., 80, 83 ss., 102; CHANG, 2004: 125 s.; GONZÁLEZ CUSSAC, 2005: 29.

La creciente *administrativización* del Derecho Penal, fenómeno multifactorial con diferentes implicaciones, debe verse como un fenómeno relacionado con ese proceso. Sobre ello, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2005: 575 ss.; PÉREZ CEPEDA, 2007: 322 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2001: 121 ss.

jurisdiccional⁹². Por una parte, en el marco de las labores de investigación particularmente complejas que caracterizan la actividad policial frente a las emergencias criminales, los órganos jurisdiccionales se ven limitados –incluso por la presión ambiental–, y dependen de forma creciente de los materiales probatorios conformados por los aparatos policiales; al mismo tiempo, la ampliación de los márgenes de discrecionalidad en la intervención policial debilita y formaliza las capacidades de control judicial⁹³. Todo ello no refleja sino una cierta concesión al pragmatismo propio de la actividad policial (con los riesgos que ello comporta), frente a los valores y pautas de funcionamiento menos utilitaristas de la instancia jurisdiccional⁹⁴.

En cierta medida como efecto de todo lo apuntado, un tercer rasgo del emergente subsistema penal de excepción global es la mayor atención que se presta a las cuestiones procedimentales frente a la materia penal sustantiva, algo perceptible tanto en la normativa británica y estadounidense del periodo, como en las medidas puestas en marcha por la UE durante la misma etapa. Esa mayor atención se fundamenta, de nuevo, en la especial preocupación por consideraciones pragmáticas de eficacia, que conducen a centrarse en la flexibilización de las potestades de averiguación y persecución de los hechos⁹⁵. En efecto, la preeminencia de la materia procesal se explica por una cierta obsesión por la efectividad de la persecución delictiva, ante una opinión pública con alta conciencia del riesgo y sometida a periódicas conmociones causadas por emergencias criminales; de este modo, se asume que la mejor minimización de los efectos de cierta criminalidad grave reside en la constante vigilancia preventiva, antes que en la eventual eficacia de la aplicación de las sanciones. Por otra parte, la prioridad de la normativa procesal se sustenta en la propia morfología de los procedimientos del subsistema de excepción, en los que las labores de condena y ejecución tienden a perder centralidad⁹⁶. Por lo demás, la mencionada prioridad procesal se explica también por la ya mencionada tendencia a la apropiación de funciones punitivas (jurisdiccionales) por parte del poder ejecutivo, así como por los crecientes poderes de los aparatos policiales y de las agencias especializadas de gestión de la seguridad.

Una consecuencia no menor de los rasgos apuntados es que en el devenir global del subsistema penal de excepción, el ámbito prioritario de experimentación antigarantista es el

92 Vid. CAPUTO, 2006: 647; CICCARELLI, 2005a: 75; PALAZZO, 2006: 678; PAYE, 2005b: 123, 136, 164; ZAFFARONI, 2010: 370 ss. Vid. asimismo FERRAJOLI, 1995: 816 ss., 825. PÉREZ CEPEDA, 2007: 434, entre otros, señala que en la evolución normativa del sistema penal español de la última década se puede apreciar también una cierta desconfianza hacia los jueces.

93 Vid. MUÑAGORRI LAGÜA, en RIVERA BEIRAS, 2005: 449; PALAZZO, 2006: 678; PAYE, 2005b: 157, 175. Vid. asimismo ANDRÉS IBÁÑEZ, 2006: 317 s.; DíEZ RIPOLLÉS, 2005: 260; SÁEZ VALCÁRCEL, 2002: 3 s., 6 ss.

94 Incluso podría verse, en relación con lo apuntado, una creciente autonomía de la estructura policial respecto del poder ejecutivo, consecuencia tanto de la cada vez mayor hegemonía de las operaciones policiales en el marco de las labores estatales –en la medida en que cobran mayor trascendencia las funciones de mantenimiento del orden y de control social–, cuanto de una progresiva transnacionalización de esas operaciones, en ámbitos a los que no alcanza el control soberano, de cada Estado o de una incipiente institucionalidad global (sobre ello, vid. PAYE, 2005b: 123 s., 129 s., 136, 153, 157).

95 Vid. PAYE, 2005b: 129, 136, 157; MOCCIA, 1997: 144; PORTILLA CONTRERAS, 2004: 54.

96 Vid., en este sentido, FERRAJOLI, 1995: 821 ss.

Derecho Procesal Penal, no tanto el Derecho Penal sustantivo. El *Derecho Penal del enemigo* es ante todo, y seguramente cada vez más, *Derecho Procesal Penal del enemigo*⁹⁷.

V. CODA: GUANTÁNAMO EN UNA SOBERANÍA GLOBAL DE GEOMETRÍA VARIABLE

La vigente Administración estadounidense anunció que el centro de detención de *Camp Delta* sería cerrado antes del final de 2009. Al margen de que resulta obvio que tal compromiso no ha sido cumplido, las circunstancias que subyacen a ese anuncio seguramente son de mucha mayor relevancia que la mayor o menor demora en la conclusión de una experiencia iniciada en enero de 2002.

Una lectura especialmente sugerente de los acontecimientos históricos de la primera década del siglo señala que la guerra global contra el terrorismo ha pretendido justificar un estado de excepción orientado a una suerte de *golpe de estado* en el marco de la geometría de las relaciones de poder en la soberanía global. Mediante el golpe se pretendió lograr un realineamiento del orden imperial, concentrando poderes soberanos en Estados Unidos, en detrimento de los poderes aristocráticos representados por las instituciones supranacionales y por los demás Estados dominantes⁹⁸.

En el inicio de la segunda década del siglo no parece peregrino intuir que una serie de circunstancias, entre las que se encuentran los fracasos bélicos en Irak y Afganistán, pero sobre todo la grave crisis económica global, han determinado la inviabilidad –política, militar, económica– del *golpe*. En consecuencia, lo que podría ser leído como el último intento de gobernar el emergente orden imperial de acuerdo con una lógica unilateral ha dado paso a la progresiva conformación de un modelo de soberanía global claramente más complejo, que quizás no puede ser siquiera entendido como multipolar, en la medida en que se afirman redes de poderes y de actores (p. ej., Estados, empresas multinacionales, instituciones supranacionales, corporaciones mediáticas, etc.) en el marco de una red de geometría variable multinivel, en un proceso constituyente tendencialmente abierto y flexible⁹⁹.

En este contexto político, el fenómeno de Guantánamo aparece connotado por una cierta obsolescencia, más allá de las vicisitudes del cierre de *Camp Delta*. Tras la crisis terminal del unilateralismo, Guantánamo se vuelve más insostenible y, sobre todo, pierde dramáticamente sentido, ya que su función mayor no ha sido la contribución a la prevención del terrorismo sino el apuntalamiento del orden soberano unipolar.

97 Vid., en el mismo sentido, DIEZ RIPOLLÉS, 2005: 268; PORTILLA CONTRERAS, 2004: 43 ss.; PULITANÓ, 2006: 759.

En materia de *Derecho Procesal Penal del Enemigo*, JAKOBS, 2003: 43 ss., hace referencia a la promoción de medidas como: facilitación de controles corporales, flexibilización de las intervenciones de comunicaciones o de las intromisiones en el ámbito privado, empleo generalizado de agentes encubiertos, prolongación de los periodos de incomunicación, restricciones del derecho a no declarar contra uno mismo, limitaciones del derecho de defensa, reconsideración del tratamiento de las pruebas ilícitamente obtenidas, etc.

98 Vid., sobre este punto de vista, HARDT/NEGRI, 2009: 205 s.

99 Vid. HARDT/NEGRI, 2009: 203 ss., 219 ss. Vid. asimismo ARRIGHI, 2007: 8 ss. ŽIŽEK, 2009: 20, en cambio, considera que no existen garantías de que la crisis financiera no determine un relanzamiento del excepcionalismo estadounidense en el marco de la guerra contra el terrorismo.

No obstante, los principales retos planteados por Guantánamo no desaparecen con su cierre. La experiencia de la isla cubana ha evidenciado que la gestión global de la violencia va a cobrar –también– formas que materialmente son punitivas¹⁰⁰; en consecuencia, se requiere un orden de reglas semejante a lo que ha venido siendo el garantismo en el contexto del Estadonación. No obstante, sería una ucronía pensar que esas reglas pueden ser las del Estado de Derecho nacional, mecánicamente traspuestas a un ámbito territorial más amplio¹⁰¹. Por ello, seguramente uno de los retos mayores de los penalistas de las próximas décadas va a ser la construcción, teórica y práctica, de un dispositivo semejante al Estado de Derecho moderno en el marco global. Para ello, el presupuesto analítico es entender la morfología de la soberanía, de las relaciones de poder y de la institucionalidad emergente. Es probable que los teóricos que intentan pensar un nuevo orden jurídico en el marco de las formas de poder multinivel propias de la *governance* global, estén ubicándose en el camino adecuado¹⁰².

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABELE, R.P. (2005), *A User's Guide to the USA Patriot Act and beyond*, University Press of America, Lanham.
- AGAMBEN, G. (1998), *Homo Sacer*, Pre-Textos, Valencia.
- AGAMBEN, G. (2001), „Heimliche Komplizen. Über Sicherheit und Terror“, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 20/IX/2001.
- AGAMBEN, G. (2003a), “El estado de excepción”, en *Mientras Tanto*, nº 86.
- AGAMBEN, G. (2003b), *État d'exception*, Seuil, Paris.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2006), “Falacias en la jurisprudencia penal”, en RIVERA, I. ET AL., *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona.
- APONTE, A. (1999), *Guerra y Derecho Penal del enemigo*, Univ. de los Andes, Bogotá.
- APONTE, A. (2005), *¿Derecho Penal del enemigo o Derecho Penal del ciudadano?*, Temis, Bogotá.
- ARRIGHI, G. (2007), *Adam Smith in Beijing*, Verso, London.
- ARROYO MARTÍNEZ, L. (2005), “Nuevas tareas para las Fuerzas Armadas”, en ORTEGA ÁLVAREZ, L.(DIR.), *La seguridad integral europea*, Lex Nova, Valladolid.
- BADIOU, A. (2004), *Circunstancias*, Del Zorzal, Buenos Aires.
- BADIOU, A. (2005), *Filosofía del presente*, Del Zorzal, Buenos Aires.
- BALIBAR, E. (2005), *A Europa, a América, a guerra*, Campo das Letras, Porto.
- BAUDRILLARD, J. (2003), *Power Inferno*, Arena libros, Madrid.
- BAUDRILLARD, J. (2004), “La violencia de lo mundial”, en BAUDRILLARD, J./MORIN, E., *La violencia del mundo*, Paidós, Barcelona.
- BAUMAN, Z. (2007), *Miedo líquido*, Paidós, Barcelona.
- BECK, U. (2003), *Sobre el terrorismo y la guerra*, Paidós, Barcelona.
- BECK, U. (2005), *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, Paidós, Barcelona.

100 Vid., sobre ello, NIETO MARTÍN, 2010: 575 s.

101 Vid., en un sentido próximo, PORTILLA CONTRERAS, 2007: 267, siguiendo en este punto a David HELD.

102 Vid. HARDT/NEGRI, 2009: 373 s., quienes citan el caso de Günther TEUBNER. Para un análisis de las diversas teorías sobre la *governance* global, vid. HARDT/NEGRI, 2009: 224 ss.

- BECK,U. (2008), *La sociedad del riesgo mundial*, Paidós, Barcelona.
- BELTRÁN DE FELIPE,M. (2005), "Terrorismo y garantías individuales: la experiencia de los Estados Unidos", en ORTEGA ÁLVAREZ,L.(DIR.), *La seguridad integral europea*, Lex Nova, Valladolid.
- BERGALLI,R. (1997), "The New Order in Spain and an Hispanic Perspective on the History and Meaning of Social Control", en BERGALLI,R./SUMNER,C.(EDS.), *Social Control and Political Order*, Sage, London.
- BERGALLI,R. (2003), "Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas", en BERGALLI,R.(COORD.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BIGO,D. (2005), «La mondialisation de l'(in)sécurité? Reflexions sur le champ des professionnels de la gestion des inquiétudes et analytique de la transnationalisation des processus d'(in)sécurisation», en *Cultures Et Conflits*, nº 58.
- BRANDARIZ GARCÍA,J.A. (2007), *Política criminal de la exclusión*. Comares, Granada.
- BRAVO LIRA,B. (2004), «*Fiat ius, ne pereat mundus*. El Derecho frente a la globalización de la violencia", en LOSANO,M.G./MUÑOZ CONDE,F., *El Derecho ante la Globalización y el terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BUTLER,J. (2006), *Vida precaria*, Paidós, Buenos Aires.
- BUTLER,J./SPIVAK,G.C. (2009), *¿Quién le canta al Estado-Nación?*, Paidós, Buenos Aires.
- CAMPDERRICH BRAVO,R. (2007), "La cabeza de Jano. El derecho de excepción norteamericano en el primer mandato de George W. Bush", en *Mientras Tanto*, nº 102.
- CANCIO MELIÁ,M. (2003), "¿'Derecho Penal' del Enemigo?", en JAKOBS,G./CANCIO MELIÁ,M., *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid.
- CANCIO MELIÁ,M./GÓMEZ-JARA DIEZ,C. (2006), *Derecho penal del enemigo*, Edisofer/BdeF, Madrid/Montevidéo.
- CAPELLA,J.R. (1997), *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid.
- CAPUTO,A. (2006), "Introduzione: Verso un diritto penale del nemico?", en *Questione Giustizia*, nº 4/2006.
- CICCARELLI,R. (2005a), "Governare il disordine. Politiche della polizia nella guerra globale", en AA.VV., *L'arte della guerra*, Manifestolibri, Roma.
- CICCARELLI,R. (2005b), "Stato di emergenza globale: quando la guerra diventa pratica di polizia", en TARI,M.(ED.), *Guerra e Democrazia*, Manifestolibri, Roma.
- COCCO,G. (2009), *MundoBraz*, Record, Rio de Janeiro.
- CRELINSTEN,R.D. (2004), "The Discourse and Practice of Counter-Terrorism in Liberal Democracies", en O'DAY,A.(ED.), *War on Terrorism*, Ashgate, Aldershot.
- CUTTITTA,P. (2007), *Segnali di confine*, Mimesis, Milano.
- CHANG,N. (2004), *Das Ende der Bürgerrechte? Die freiheitsfeindlichen Antiterrorgesetze der USA nach dem 11. September*, Schwarzerfreitag, Berlin.
- DELEUZE,G./GUATTARI,F. (2002), *Mil mesetas*, Pre-Textos, Valencia.
- DÍEZ RIPOLLÉS,J.L. (2005), "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", en BACIGALUPO,S./CANCIO MELIÁ,M.(COORDS.), *Derecho Penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona.

- DONINI, M. (2004), *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano.
- ERICSON, R. (2007), *Crime in an Insecure World*, Polity, Cambridge.
- FARALDO CABANA, P. (2004), "Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", en FARALDO CABANA, P.(DIR.)/BRANDARIZ GARCÍA, J.A./PUENTE ABA, L.M.(COORDS.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la Globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FARIA, J.E. (2001), *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (1995), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2003), "La primera víctima de la guerra: la ONU", en *Mientras Tanto*, nº 86.
- FERRAJOLI, L. (2006), "Il 'Diritto penale del nemico' e la dissoluzione del diritto penale", en *Questione Giustizia*, nº 4/2006.
- FOUCAULT, M. (2000), *Defender la sociedad*, FCE, Buenos Aires.
- FOUCAULT, M. (2004a), *Sécurité, Territoire, Population, Seuil/Gallimard*, Paris.
- FOUCAULT, M. (2004b), *Naissance de la biopolitique*, Seuil/Gallimard, Paris.
- GARCÍA RIVAS, N. (2005), "La tipificación "europea" del delito terrorista en la Decisión marco de 2002: análisis y perspectivas", en *Revista General del Derecho Penal*, nº 4, noviembre 2005.
- GIDDENS, A. (1999), *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, Taurus, Madrid.
- DE GIORGI, A. (2002), "Guerra Imperiale e controllo metropolitano", en AA.VV., *Controimpero. Per un lessico dei movimenti globali*, Manifestolibri, Roma.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2005), *El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2007), "El renacimiento del pensamiento autoritario en el estado de derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo", en GAMBERINI, A./ORLANDI, R.(EDS.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna.
- GRACIA MARTÍN, L. (2005a), *El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GRACIA MARTÍN, L. (2005b), "El trazado histórico, iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo", en AA.VV., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Pamplona.
- GUARESCHI, M. (2005), "Ribaltare Clausewitz. La guerra in Michel Foucault e Deleuze-Guattari", en *Conflitti Globali*, nº 1.
- HARDT, M. (2005), "La rivoluzione permanente negli affari militari", en AA.VV., *L'arte della guerra*, Manifestolibri, Roma.
- HARDT, M./NEGRI, A. (2002), *Imperio*, Paidós, Barcelona.
- HARDT, M./NEGRI, A. (2003), *El trabajo de Dionisos*, Akal, Madrid.
- HARDT, M./NEGRI, A. (2004), *Multitude. War and Democracy in the age of Empire*, The Penguin Press, New York.
- HARDT, M./NEGRI, A. (2009), *Commonwealth*, Harvard University Press, Cambridge.
- HUSABØ, E.J. (2005), "The implementation of new rules on terrorism through the pillars of the European Union", en HUSABØ, E.J./STRANDBAKKEN, A.(EDS.), *Harmonization of Criminal Law in Europe*, Intersentia, Antwerpen/Oxford.

- IGLESIAS SKULI, A. (2009), *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control* (tesis doctoral inédita), Salamanca.
- JAKOBS, G. (2003), "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid.
- JAKOBS, G. (2004), "La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente", en ESER, A./HASSEMER, W./BURKHARDT, B./MUÑOZ CONDE, F.(COORDS.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- JOXE, A. (2003), *El imperio del caos*, LOM, Santiago.
- JOXE, A. (2005), "Il lavoro dell'Impero e la regolazione democratica della violenza globale", en *Conflitti Globali*, nº 1.
- KLEIN, N. (2007), *La doctrina del shock*, Paidós, Barcelona.
- LACASTA-ZABALZA, J.I. (2006), "La excepción como regla", en BERNUZ BENEITEZ, M.J./PÉREZ CEPEDA, M.I.(COORDS.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*, Univ. La Rioja, Logroño.
- DAL LAGO, A. (2003), *Polizia globale*, Ombre corte, Verona.
- DAL LAGO, A. (2005), "La Guerra-Mondo", en *Conflitti Globali*, nº 1.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. (2005), "Razón de estado, derechos humanos y democracia", en FERRER, M. ET AL., *Derechos, libertades y razón de Estado (1996-2005)*, Lete, Pamplona.
- MAIER, J.B.J. (2006), "La esquizofrenia del derecho penal", en RIVERA, I. ET AL., *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona.
- MARESCA, M. (2005), "Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley", en PORTILLA CONTRERAS, G.(COORD.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Univ. Internacional Andalucía/Akal, Madrid.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2005), *Crónica penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2006), "Las transformaciones del Estado: del Estado protector al Estado de seguridad", en BERNUZ BENEITEZ, M.J./PÉREZ CEPEDA, M.I.(COORDS.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*, Univ. La Rioja, Logroño.
- MERCADO, P. (2005), "El proceso de globalización, el Estado y el Derecho", en PORTILLA CONTRERAS, G.(COORD.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Univ. Internacional Andalucía/Akal, Madrid.
- MOCCIA, S. (1997), *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Ed. Scientifiche Italiane, Napoli.
- NEGRI, A. (2004), *Guías*, Paidós, Buenos Aires.
- NEGRI, A. (2008), *La fábrica de porcelana*, Paidós, Barcelona.
- NIETO MARTÍN, A. (2010), "Kadi (STJCE de 3 de septiembre de 2008) y sus consecuencias para el Derecho penal del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el Derecho penal de la Unión Europea?", en SERRANO-PIEDRACASAS, J.R./DEMETRIO CRESPO, E.(EDS.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid.
- PALAZZO, F. (2006), "Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali", en *Questione Giustizia*, nº 4/2006.
- PALIDDA, S. (2000), *Polizia postmoderna. Etnografia del nuovo controllo sociale*, Feltrinelli, Milano.

- PAYE, J.-C. (2005a), "Guantanamo: base di un nuovo ordine di diritto", en *DeriveApprodi*, nº 25.
- PAYE, J.-C. (2005b), *La fine dello Stato di Diritto*, Manifestolibri, Roma.
- PEPINO, L. (2006), "La giustizia, i giudici e il 'paradigma del nemico'", en *Questione Giustizia*, nº 4/2006.
- PÉREZ CEPEDA, A.I. (2004), "La Globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional", en PÉREZ ÁLVAREZ, F.(ED.), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Univ. Salamanca, Salamanca.
- PÉREZ CEPEDA, A.I. (2007), *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno*, Iustel, Madrid.
- PÉREZ DEL VALLE, C. (2001), "Sobre los orígenes del 'Derecho penal del enemigo'. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 75.
- DELLA PORTA, D./REITER, H. (2006), "Protesta transnazionale e controllo", en *Questione Giustizia*, nº 4/2006.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2002), "La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del 'enemigo' tras el atentado del 11 de septiembre de 2001", en *Mientras Tanto*, nº 83.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2004), "El Derecho Penal y Procesal del enemigo", en *Jueces para la Democracia*, nº 49.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2007), *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2010), "La legalización de la violencia fundadora del Derecho: la exclusión del derecho al amparo del propio Derecho", en SERRANO-PIEDRECASAS, J.R./DEMETRIO CRESPO, E.(EDS.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid.
- PRIETO NAVARRO, E. (2005), "Ciudadanos y enemigos: Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt", en BACIGALUPO, S./CANCIO MELIÀ, M.(COORDS.), *Derecho Penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.
- PRITTWITZ, C. (2004), "¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción entre Derecho Penal y guerra", en *Revista Penal*, nº 14.
- PULITANÓ, D. (2006), "Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico", en *Questione Giustizia*, nº 4/2006.
- RAMÓN CHORNET, C. (2005), "Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la Seguridad Internacional", en RAMÓN CHORNET, C.(ED.), *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Publicacions Univ. València/Tirant lo Blanch, Valencia.
- RIGOUSTE, M., "La guerre à l'intérieur: la militarisation du contrôle des quartiers populaires", en MUCCHIELLI, L.(DIR.), *La frénésie sécuritaire*, La Decouverte, Paris, 2008.
- RIVERA BEIRAS, I. (2003), "La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)", en BERGALLI, R.(COORD.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RIVERA BEIRAS, I.(COORD.) (2005), *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona.
- ROBIN, C. (2004), *Fear. The history of a political idea*, Oxford Univ. Press, New York.
- SÁEZ VALCÁRCEL, R. (2002), "La inseguridad, lema de campaña electoral", en *Jueces para la democracia*, nº 45.
- SAID, E. (2005), "Lo scontro delle definizioni. Su Samuel Huntington", en *Conflitti Globali*, nº 1.
- SAN MARTÍN SEGURA, D. (2006), "Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo", en BERNUZ BENEITEZ, M.J./PÉREZ CEPEDA, A.I.(COORDS.), *La tensión*

- entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*, Univ. La Rioja, Logroño.
- SAN MARTÍN SEGURA, D. (2008), "La excepción material y los contornos de lo ordinario: a propósito de la *USA Patriot Act*", en PUENTE ABA, L.(DIR.)/ZAPICO BARBEITO, M./RODRÍGUEZ MORO, L.(CORDS.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada.
- SCHEERER, S. (2006), "Problemas que presenta la prognosis del terrorismo", en RIVERA, I. ET AL., *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona.
- SCHMITT, C. (1990), *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, Berlin.
- SCHMITT, C. (1999), *La Dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Alianza, Madrid.
- SERRANO-PIEDRECASAS, J.R. (1988), *Emergencia y crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, PPU, Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2001), *La expansión del Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid.
- SUSÍN BETRÁN, R. (2006), "La revalorización del miedo como instrumento de regulación social. De la inseguridad y otras miserias", en BERNUZ BENEITEZ, M.J./PÉREZ CEPEDA, A.I.(COORDS.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*, Univ. La Rioja, Logroño.
- VATTIMO, G. (2009), *Ecce Comu*, Paidós, Buenos Aires.
- VIEJO VIÑAS, R. (2005), "Soberanía e gobernanza na era global. Crise biopolítica da forma-Estado e modo de mando no capitalismo cognitivo", en *Tempo Exterior*, nº 11.
- WACQUANT, L. (2004), *Punir les pauvres*, Agone, Marseille.
- WALKER, R.B.J. (2005), «L'international, l'impérial, l'exceptionnel», en *Cultures & Conflits*, nº 58.
- WHYTE, J. (2006), "Modello Guantanamo. La monopolizzazione del futuro", en *Conflitti Globali*, nº 4.
- YOUNG, J. (2003), *La sociedad "excluyente"*, Marcial Pons, Madrid.
- ZAFFARONI, E.R. (2005), "¿Es posible un Derecho penal del enemigo no autoritario?", en AA.VV., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson- Civitas, Pamplona.
- ZAFFARONI, E.R. (2006), *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid.
- ZAFFARONI, E.R. (2010), "El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento", en SERRANO-PIEDRECASAS, J.R./DEMETRIO CRESPO, E.(EDS.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid.
- ZARIFIAN, P. (2003), «Pourquoi ce nouveau régime de guerre?», en *Multitudes*, nº 11.
- ZEDNER, L. (2009), *Security*, Routledge, London.
- ŽIŽEK, S. (2002), "Are we in a war? Do we have an enemy?", en *London Review of Books*, nº 10.
- ŽIŽEK, S. (2005), *Bienvenidos al desierto de lo real*, Akal, Madrid.
- ŽIŽEK, S. (2009), *First as Tragedy, then as Farce*, Verso, London/New York.

