

EL REGRESO DEL CONCEPTO “SEGURIDAD DEL ESTADO” COMO BIEN JURÍDICO AUTÓNOMO Y UNA CONSECUENCIA: LA PARTICIPACIÓN DE LOS GOBIERNOS EUROPEOS EN LAS DETENCIONES ILEGALES Y TORTURAS PRACTICADAS POR FUNCIONARIOS DE EE.UU.

Guillermo PORTILLA CONTRERAS
Universidad de Jaén (España)

RESUMEN

Una característica esencial de los nuevos modelos de política criminal es la sustitución del principio de culpabilidad por el de peligrosidad potencial del autor. Esta vieja concepción del Derecho Penal autoritario exige elevar la seguridad del Estado a la categoría de bien jurídico-penal autónomo. Una de las secuelas de encumbrar el concepto de seguridad al rango de bien jurídico es que la peligrosidad pasa a ocupar el papel de fundamento de la represión. Puede afirmarse que en este “nuevo” Derecho penal el sujeto aparece como emanación de peligro, como un riesgo para la seguridad del Estado. Hablamos entonces de un singular Derecho penal de excepción cuyo fin es combatir peligros, esencialmente, a través de las medidas de seguridad; un Derecho en el que no se estima tanto la acción como el riesgo potencial para la seguridad y en el que se restringen determinados derechos fundamentales por su supuesta traba a la razón de Estado. Precisamente, es esta nueva concepción de la peligrosidad, fruto del retorno al Derecho penal de autor, la que motiva la creación de espacios donde el Derecho se ausenta, donde la tortura y la ausencia de garantías es lo habitual. El modelo penal de EEUU frente a sus “enemigos” y la colaboración de los gobiernos europeos en las detenciones ilegales y torturas practicadas por funcionarios de EEUU es el mejor ejemplo de lo expuesto.

Palabras clave: Seguridad del Estado, Derecho penal, excepción, detención ilegal, tortura.

ABSTRACT

An essential characteristic of the new model of criminal policy is the substitution of the principle of guilt by that of the actor's potential danger. This old concept of authoritarian criminal law demands that the security of the State be elevated to the category of an autonomous legal-penal good. One of the consequences of elevating the concept of security to the status of a legal good is that danger comes to occupy the role of the basis of repression. This “new” criminal law can be said to hold the subject as emanation of danger, as a risk for the security of the State. We speak then of the singular criminal law of emergency whose aim is to combat dangers, essentially, through security measures; a law in which what is considered is not so much the action as the potential risk for security, and in which certain fundamental rights are restricted in the name of reasons of State. It is precisely this new conception of danger, the result of the return to the criminal law of

the actor, which causes the creation of spaces where law is absent, where torture and the absence of guarantees is habitual. The USA criminal model against its “enemies” and the collaboration of the European governments in illegal detentions and torture practiced by USA functionaries is the best example of this.

Key words: State security, criminal law, emergency, unlawful detention, torture.

Los modelos más recientes de política criminal adoptados en Europa y Estados Unidos contra la micro y macro-criminalidad han asumido la filosofía de la seguridad global¹, creando un proyecto de defensa en el que desaparece el principio de legalidad procesal y se muda en un *Leviatán* omnipresente e incontrolable, un *Leviatán* global interesado en el control y vigilancia de la identidad del sistema y la exclusión de lo diferente.

Lamentablemente, asistimos al recurso de un concepto de “seguridad” manipulado; se ha degradado la interpretación de la seguridad, de forma que la política liberal de orden público, basada en el control del peligro, adultera el concepto con la finalidad de proceder a la pacificación interna de los posibles conflictos que puedan llegar a plantear los nuevos sujetos históricos del sistema posfordista. Esa interpretación del “*derecho a la seguridad*”, como valor autónomo, contradice absolutamente la función clásica de garantía de los derechos fundamentales, pues, cuanto más crezca un derecho fundamental a la seguridad, el clásico derecho a la libertad se verá recortado². En efecto, ya no se alude a la *seguridad de los derechos* a través de la protección de bienes jurídicos³: así interpretado, el derecho a la seguridad sería una garantía de la libertad⁴, y ello significa que la protección de los valores abstractos del Estado sólo sería admisible cuando se vislumbra como

1. Cfr. A. DAL LAGO, *Polizia globale. Guerra e conflitti dopo l'11 settembre*, 2003, p. 84.

2. Cfr. W. HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, 1999, p. 272. El derecho a la seguridad genera la sociedad del control y el derecho de exclusión condicionado por los efectos perversos de la globalización neoliberal de la economía. Cfr. A. BARATTA, “Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti” en *La Bilancia e la misura*. Democracia e diritto/5, 2001, p. 27. Así, en Francia, la Ley n° 66, de 19 de marzo de 2003, define la seguridad interior como un derecho fundamental, subordinando las garantías al ejercicio de la seguridad.

3. Como afirma A. BARATTA, es falso que exista un derecho fundamental a la seguridad, más correcto es hablar de la seguridad de los derechos, del derecho a los derechos. La seguridad es una necesidad humana y una función general del sistema jurídico, pero, en ambos casos, no tiene un contenido propio; respecto al sistema de necesidades, es una necesidad secundaria, respecto al sistema de derechos, es un derecho secundario con relación a otras necesidades básicas que podemos llamar primarias. Cfr. “Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti”, cit., p. 19.

4. Cfr. M. KÖTTER, “Das Sicherheitsrecht der Zivilgesellschaft”, en *Kritische Justiz*, I, 2003, pp. 64, 73-74. El Estado de derecho liberal debe considerar la seguridad como la vía que conduce a garantizar los derechos individuales. Cfr. K.-L. KUNZ, *Bürgerfreiheit und Sicherheit. Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik*. Lang, Bern, 2000, pp. 56-57. Cfr. F. STRENG, “Innere Sicherheit- kriminalpolitische Aspekte”, en Schlüchter —GS, 2002, p. 7.

medio necesario para el desarrollo de la ciudadanía⁵. Sólo entonces, la seguridad interior adquiere el significado de derecho a la libertad de los individuos, no a la tranquilidad del ordenamiento. Concebida de esa forma, no se opta entre más libertad o seguridad, puesto que no son conceptos incompatibles⁶, no se trata de elegir entre el ciudadano y Estado, sino que el derecho a la seguridad reside en la posibilidad del ejercicio de los derechos.

La realidad ha demostrado que la seguridad se ha convertido en una entidad autónoma, pues todos los derechos se subordinan a la razón de Estado, promoviendo el reingreso del fundamento mítico del Estado, especialmente el *Leviatán* de Hobbes⁷.

A esta situación, en la que “se tambalean los principios del Estado de derecho liberal, pues no se trata de perseguir los delitos y prevenir los peligros concretos, sino de evitar riesgos siquiera imaginables, renunciando a la individualidad y a los derechos del sujeto”⁸, han contribuido determinadas opciones doctrinales. Por ejemplo, la tesis de Kratzsch de la protección penal de los riesgos en defensa de la sociedad⁹. Una posición que no sustenta ya un Derecho penal subsidiario de bienes jurídicos sino un *Derecho penal funcionalizado* como sistema de control de cualquier riesgo¹⁰; representa el paradigma de un Derecho penal del riesgo que se desarrolla como instrumento de control del delito hacia un sistema de control global. Este planteamiento funcionalista legitima, como subraya Herzog¹¹, la conversión del Derecho penal en un Derecho penal-policial absoluto porque supone prácticamente la eliminación del individuo para lograr la conservación de la sociedad, de tal forma que, programado el derecho como lo

5. Cfr. B. SCHNELL, “Teilweise quer in der Landschaft”, en *Kriminalistik*, 1994, p. 283. En contra, S. LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER, *Innere Sicherheit. Herausforderungen an den Rechtsstaat*. 1994, p. 211.

6. Cfr. K.-L. KUNZ, *Bürgerfreiheit...*, cit., p. 73; V. GÓMEZ MARTÍN, “Libertad, seguridad y “sociedad del riesgo”, en *La Política Criminal en Europa*. 2004, pp. 59 y ss. Cfr. M. KÖTTER, “Das Sicherheitsrecht der Zivilgesellschaft”, *Kritische Justiz*, I, 2003, p. 64.

7. Es evidente que la noción “seguridad” evoca la indistinción entre ejército y policía. Cfr. T.NEGRI/M.HARDT. *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*, Debate, Barcelona, 2004, p. 43. Según A. DAL LAGO, se trata de evocar un gran hermano global, una vigilancia sujeta a imperativos militares en cuanto descendiente de la defensa de la seguridad nacional y, por definición, oculta y desvinculada del control de cualquier institución de garantías. Cfr. *Polizia globale. Guerra e conflitti dopo l'11 settembre*, cit., p. 85.

8. H. PRATL, “Es wird ungesund in Deutschland”, en *Süddeutsche Zeitung*, n.º, 186, 13/14 de agosto de 1994.

9. Cfr. D. KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*. Duncker und Humblot, 1985.

10. Cfr. D. KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation...*, cit., pp. 5, 30-269. Los fundamentos de KRATZSCH difieren de la doctrina mayoritaria al considerar que el Derecho penal puede ser un instrumento de control sólo si se actúa a través de los delitos de peligro abstracto.

11. F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*. 1991, p. 39.

necesario para la sociedad, muy probablemente, la sociedad ya no sea necesaria para el derecho¹².

Es igualmente dudosa la técnica que abusa de la “seguridad” como bien secundario, del que es un arquetipo: *la vulneración de la seguridad en el disfrute del bien jurídico*. De este modo, Kindhäuser, considera que en los delitos de peligro abstracto no se puede recurrir al criterio del bien jurídico tradicional sino que es preciso crear una norma con un fin autónomo¹³. Al constituir la seguridad el fin de la norma, entendida como posibilidad de gozar sin peligro de un determinado bien, el delito de peligro abstracto garantiza la protección de ese bien frente a cualquiera que afecte a las condiciones de seguridad de esos valores¹⁴. En tal sentido, no habrá lesión de la seguridad desde la perspectiva subjetiva de la víctima y sí desde el juicio de peligrosidad en función del plan del autor. En opinión de Streng, esta fórmula conduce a la utilización irregular del Derecho penal como medio para la consagración de la “seguridad interior” —similar al principio de justicia de Exner según el cual la sanción debía imponerse por atentar al sentimiento de justicia del pueblo¹⁵.

La “seguridad” en Kindhäuser sitúa la finalidad normativa de los delitos de peligro abstracto en la puesta en peligro abstracta del bien jurídico; alcanza el rango de un derecho humano esencial¹⁶, abarcando la posibilidad de controlar la ausencia de peligrosidad sobre los bienes¹⁷. De esa forma, la legitimación de la norma penal se logra mediante el hecho de funcionalizar la finalidad penal de la prevención general positiva¹⁸, y, consecuentemente, el concepto de culpabilidad adquiere una consideración funcional, al contemplarse como ausencia de confianza del derecho más parecido a la infracción administrativa¹⁹. Es un planteamiento que desplaza la función del concepto de bien jurídico al asumir que cualquier infracción jurídica puede llegarse a convertir en injusto penal. Esta nueva configuración de la seguridad como bien jurídico autónomo, la protección del orden público, conduce a la identificación entre el Derecho penal y el Derecho policial²⁰.

En definitiva, esta idea penal de la seguridad es la que se está imponiendo en los vigentes modelos político-criminales que apenas difieren de la descrip-

12. Cfr. M. DETNER, *Rückkehr zum “Klassischen Strafrecht” und die Einführung einer Beweislastumkehr*. 1999, p. 226. En su opinión, la tesis de Kratzsch toma un rumbo totalitario. Op. cit., p. 237.

13. Cfr. U. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*. 1989, pp. 272 y ss. Por lo cual, al tener un fin autónomo, se identifican estructuralmente con los delitos de resultado.

14. Cfr. U. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, cit., pp. 280 y ss; W. WHOLERS, *Delikttypen des Präventionsstrafrechts. Zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*. 2000, pp. 292 y ss.

15. Cfr. F. STRENG, “Innere Sicherheit- kriminalpolitische Aspekte”, cit., pp. 28-29.

16. Cfr. U. KINDHÄUSER, *Gefährdung...*, cit., p. 19.

17. Vid. M. DETNER, *Rückkehr zum “Klassischen Strafrecht”...*, cit., p. 228.

18. Cfr. U. KINDHÄUSER, *Gefährdung...*, cit., p. 350.

19. Vid. M. DETNER, *Rückkehr zum “Klassischen Strafrecht” ...*, cit., p. 230.

20. Cfr. M. DETNER, op. cit., p. 230.

ción que realizara M. Foucault sobre el orden interior futuro: la implantación de áreas sin derecho, un incremento del control en todas las zonas vulnerables, de todos los sujetos de riesgo, de todos los espacios peligrosos. Además, se cuenta con el marco teórico y político adecuado al desarrollo de la sociedad de control: las teorías tecnocráticas y el contorno liberal²¹. Es en ese contexto, en el plano de la legalidad de las estructuras institucionales, donde se produce la expansión del capital, el proceso de acumulación de poder y capital por desposesión en el “exterior”; al tiempo que, más concretamente, precisa desplegarse en el ámbito democrático a través del proyecto político de la *tercera vía*²² que vacía el proyecto socialdemócrata de su componente anticapitalista y que ha sido incapaz de establecer los nexos que existen entre las fuerzas del mercado global y la exclusión social, la desviación, reduciéndose a la suspensión pospolítica de lo político²³ y convirtiendo al Estado en un mero agente de policía al servicio de las necesidades de las fuerzas del mercado²⁴.

21. Cfr. M. HARNECKER, *La izquierda en el umbral del siglo XXI*. 1999, p. 176. El modelo político del neoliberalismo se reduce a un Estado mínimo para defender los intereses de los trabajadores y un Estado fuerte para crear las condiciones políticas que requiere para su funcionamiento económico. Cfr. op. cit., p. 177.

22. Una muestra, en el terreno doctrinal, la representa A. GIDDENS. Cfr. *La tercera vía y sus críticos*. 2001, p. 39. Esta figura de la tercera vía representa el mejor ejemplo de cómo el liberalismo —expresión de la ideología capitalista— ha engullido a dos tesis: la socialdemocracia y el autoritarismo conservador. En la práctica, ambos están desarrollando el mismo papel en defensa del capitalismo, eso sí, la primera intenta lograr un capitalismo más social y la segunda no se esconde en la protección más descarnada del capitalismo salvaje.

23. La pospolítica, término empleado por S. ZIZEK, subraya la necesidad de abandonar las antiguas divisiones ideológicas y enfrentar nuevas cuestiones utilizando el saber experto y una deliberación libre que tome en cuenta las necesidades y demandas concretas de la gente. Cfr. S. ZIZEK, *El espinoso sujeto*. 2001, p. 215. Asimismo, la “modernización reflexiva” de GIDDENS rehúye del concepto de clase al interpretar que no hay confrontaciones entre intereses jerárquicos ni principios que abonen la diferencia entre izquierda y derecha. Cfr. C. MOUFFE, *La paradoja democrática*. 2003, p. 123. En efecto, se abandona la división entre derecha e izquierda, y se olvida la importancia del control de los medios de producción o el papel del Estado en la reforma social; se reemplaza la política de clase por la nueva cultura política en la que los principios carecen de valor. Ahora se sustituye el conflicto de clases por una solidaridad y justicia social compatible con el sistema de libre mercado. Cfr. A. GIDDENS, *La tercera vía y sus críticos*, cit., p. 61. Al mismo tiempo, se sustenta la “firma” de un nuevo contrato social basado en el lema: ningún derecho sin responsabilidad, pues las personas que se benefician de bienes sociales deberían disfrutarlos responsablemente, y dar algo a cambio a la comunidad social en sentido amplio. En la esfera económica busca conciliar los mecanismos de crecimiento económico con la reforma estructural del Estado de bienestar. Respecto al Derecho penal, *la tercera vía* se sitúa al lado de los criminólogos de la escuela del realismo de izquierdas, de modo que, aunque no se descarta que muchas formas de criminalidad están ligadas a la desigualdad y a la falta de recursos, también sostienen que la prosperidad creciente, incluso cuando está ampliamente repartida, no va acompañada automáticamente de un descenso del crimen. Cfr. op. cit., pp. 54-178.

24. Cfr. S. ZIZEK, *El espinoso sujeto*, cit., p. 216. En realidad, no se trata de una filosofía alternativa sino de una prolongación del neoliberalismo, encubierto con el empleo socialdemócrata de valores como la justicia social y la solidaridad. Se trata de una tesis hipócrita que considera que los mercados no siempre aumentan la desigualdad sino que pueden, en ocasiones, ser la manera de acabar con ella. Vid. A. GIDDENS, *La tercera vía...*, cit., p. 43.

Una de las secuelas de elevar el concepto de seguridad —seguridad de Estado— al rango de bien jurídico es que el principio del hecho desaparece, esto es, el principio de culpabilidad basado en la acción cometida, no llega a alcanzar la entidad suficiente frente al peligro potencial de los sectores de riesgo a los que pertenece el “infractor”. De ahí se deduce que si la culpabilidad ya no es el criterio rector, ahora es la peligrosidad la que pasa a ocupar el papel de fundamento que justifica la represión estatal. Esta nueva concepción de la peligrosidad fruto del retorno del Derecho penal de autor es la que motiva la creación de espacios donde el Derecho se ausenta, donde la tortura y la ausencia de garantías es lo habitual. El modelo penal de EE.UU. frente a sus “enemigos” y la colaboración de los gobiernos europeos en las detenciones ilegales y torturas practicadas por funcionarios de EE.UU. es el mejor ejemplo de lo denunciado.

Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas, en la Aplicación de la Resolución de la Asamblea General 60/251, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”²⁵, se ha pronunciado sobre la práctica por parte de EE.UU. de detenciones ilegales, torturas, vuelos y cárceles secretas, contraviniendo el artículo 9 del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos. Además, se denuncia la existencia de centros de detención secretos, ubicados fuera de los territorios sometidos a la jurisdicción de Estados Unidos y administrados por la CIA, donde se aplican técnicas de interrogatorio contrarias a los Convenios internacionales. También se reconoce la existencia de cárceles secretas en otros países a los que Estados Unidos traslada a los detenidos, bajo la administración de los países anfitriones con asistencia financiera de la CIA y, a veces, con su misma dirección—desde Afganistán y países del Oriente Medio a Europa Oriental—. Igualmente, la citada Resolución confirma la realización de “entregas extraordinarias” en las que los detenidos son interrogados por agentes de inteligencia extranjeros con el objetivo de intercambiar información.

El 24 de enero de 2006, un representante del Consejo de Europa, Dick Marty, reconoció ante la Asamblea Parlamentaria que están probados unos cien secuestros de sospechosos de terrorismo en Europa llevados a cabo por los servicios secretos norteamericanos, así como la subcontratación de la tortura mediante el traslado a países donde ésta se aplica habitualmente. Al menos un centenar de vuelos —lista facilitada por Eurocontrol— efectuaron escalas desde Europa hasta Guantánamo, Irak o Afganistán. Posteriormente, el 8 de junio de 2007, el Consejo de Europa hizo público un informe en el que se ratifica que EE.UU. pactó con la OTAN (en el marco de un acuerdo de 4 de octubre de 2001) los vuelos secretos y la existencia de diversas cárceles secretas controladas por la CIA —Rabat, Argel, Szymany, Timisoara, Bucarest, El Cairo, Ammán, Bagdad, Kabul, Tashkent—. Asimismo, el Parlamento Europeo ha decidido investigar, a través de una Comisión específica, tanto la práctica de los mencionados vuelos

25. Opinión, n° 29/2006 (Estados Unidos de América). Comunicación dirigida al Gobierno el 8 de diciembre de 2005, relativa al caso del Sr Ibn al-Shaykh al-Libi y otras 25 personas.

secretos como la existencia de cárceles secretas en Europa, la implicación de los gobiernos europeos en su diseño y su colaboración con los servicios secretos de EE.UU. En este contexto, el 14 de febrero de 2007, aprobó el Informe sobre los vuelos secretos de la CIA, con el respaldo de 382 diputados (256 votaron en contra y hubo 74 abstenciones). Ahí se denuncia 21 casos de entregas y “rendiciones extraordinarias” ejecutadas por EE.UU. —la detención y el encarcelamiento extrajudicial de sospechosos de terrorismo y la complicidad activa y omisiva de los servicios secretos y los Gobiernos europeos en tales prácticas—; se mencionan 1.245 vuelos de la CIA en aeropuertos de la UE²⁶: entre los trasladados, se cita una decena de víctimas que eran ciudadanos europeos o residentes en la Unión europea²⁷.

Finalmente, la Resolución B6-0101/2009 del Parlamento europeo sobre el seguimiento de los trabajos de la Comisión temporal sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el Transporte y la Detención ilegal de presos, ha denunciado que “hasta ahora ni los Estados miembros ni el Consejo hayan tomado medidas para arrojar luz sobre el programa de entregas extraordinarias y para aplicar las recomendaciones del Parlamento”.

La situación descrita demuestra que la estructura de la excepción —áreas en las que desaparece el Derecho— es el símbolo de la política occidental real, una estructura en la que no es la excepción la que se sustrae a la regla sino la regla la que, suspendiéndose, da lugar a la excepción²⁸. Estamos asistiendo a la instauración de ámbitos sin derechos, a la resurrección de los campos de concentración, a la existencia de vuelos furtivos en los que se trasladan ilegalmente detenidos sin cargos con destino a cárceles secretas—, a la expansión de los centros de internamiento para extranjeros “ilegales”, etc.

26. Sobre este asunto, *Human Rights Watch* ha denunciado que el Boeing 737, registro N313P de los servicios secretos de EE.UU., tras aterrizar en diversos aeropuertos de Europa, se dirigió al aeropuerto polaco de Szymany, al día siguiente, aterrizó en el rumano de Mihail Kogalniceau, de donde partió hacia Marruecos y, más tarde, a Guantánamo. Al respecto, un Tribunal de Milán ha abierto un proceso que se inició el 8 de junio de 2007 contra 26 agentes de la CIA y 6 miembros de los servicios secretos italianos por la detención ilegal en Milán, en febrero de 2003, y posteriores torturas y agresión sexual del imán egipcio Abu Omasu (fue trasladado a bases militares estadounidenses y, luego, a Egipto donde fue interrogado y torturado). Vid. Diario *El País*, 17 de febrero y 9 de junio de 2007.

27. La Unión de libertades civiles de EE.UU. ha presentado un recurso ante un Tribunal del Estado de Virginia en nombre de Khaled al Masri, ciudadano alemán de origen libanés, secuestrado en diciembre de 2003, torturado durante cinco meses por la CIA, y puesto en libertad tras confirmarse que se trataba de un error. En este supuesto, la detención se produjo en Macedonia desde donde se le trasladó a Afganistán haciendo previamente escala en Mallorca. La propia Audiencia Nacional española va a estudiar una querrela por torturas, secuestro y detención ilegal presentada ante un juzgado de Palma de Mallorca por las escalas de los aviones de los servicios secretos de EE.UU.

28. Cfr. G. AGAMBEN, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, 1998, p. 31.

Los campos de concentración —Guantánamo—, las cárceles y vuelos secretos de la CIA²⁹, los centros de tortura en Irak, etc., son los lugares elegidos en la posmodernidad para suspender el derecho, las garantías jurídicas, el sitio en el que la violencia fundadora del no-derecho se transforma en una contraviolencia preventiva legalizada³⁰. Una excepcionalidad trascendida de un derecho que se suspende a sí mismo cuando el “*príncipe*” decide la existencia de un peligro para la conservación del Estado³¹. De acuerdo con Agamben, esta definición *schmittiana* de la soberanía (soberano es el que decide sobre el estado de excepción, estando al mismo tiempo fuera y dentro del ordenamiento jurídico) se ha convertido en un concepto límite de la doctrina del Estado y del Derecho³². Así como la regla vive de la excepción, siempre habrá una zona excluida del derecho, siendo el soberano el que puede establecer el derecho al margen de la existencia de una ley positiva, y tiene la capacidad de decidir excepcionalmente cuáles son las necesidades de intervención, además de emplear los medios adecuados de prevención. En otras palabras: se está concibiendo un prototipo militar decisionista fundador del nuevo derecho y una violencia policial conservadora de ese no-derecho³³.

El mejor exponente hoy del *estado de excepción schmittiano* aparece en la estructura jurídica de Estados Unidos, en la que la capacidad de suspender el

29. Guantánamo se ha convertido ya en un símbolo de la excepcionalidad permanente que representa la suspensión generalizada del derecho. El descubrimiento en el interior de Guantánamo de una prisión secreta, organizada por la CIA para determinados sospechosos, es el exponente máximo de dicho símbolo, supone posibilitar la suspensión del no-derecho en el interior de una estructura de ilegalidad perpetua.

30. Cfr. E. BALIBAR, “Prolegómenos a la soberanía”, en *Nosotros ¿ciudadanos de Europa?*, 2003, pp. 266-267.

31. El reconocimiento de la autorización del presidente norteamericano para que la CIA gestione una red secreta de prisiones en el mundo —Afganistán, Diego García, Jordania, Egipto, Tailandia—, representa la exaltación del principio schmittiano: “el soberano es el que decide sobre el estado de excepción”. Cfr. Diario *El País*, 18 de diciembre de 2004, p. 7.

32. Cfr. G. AGAMBEN, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, cit., p. 22. La paradoja de la soberanía reside en que es el soberano, fuera de la ley, el que puede decidir que no existe algo fuera de la ley. Lo que se cuestiona en la excepción soberana es, según Schmitt, la misma condición de validez de la norma jurídica y, con ésta, el propio sentido de la autoridad estatal. Cfr. op. cit., pp. 29-31. En los “Prolegómenos a la soberanía”, E. BALIBAR afirma que tras la expresión —*el soberano es aquél que decide sobre el estado de excepción*— se encuentra una realidad antinómica: la competencia ilimitada, que no se remite más que a sí misma, para suspender las leyes con el fin de restablecer las condiciones de su efectividad, excepción interior sin la cual no existiría ninguna normalidad histórica. Esto explica, según BALIBAR, la existencia del Estado sobre el punto de vista abstracto de la validez del Derecho. El proceso constitutivo va del Estado al Derecho y no del Derecho al Estado. El estado de excepción lo constituyen conjuntamente circunstancias extremas en las que el Estado subsiste mientras que el Derecho retrocede, y las condiciones materiales, siempre supuestas, de la decisión política. Cfr. *Nosotros ¿ciudadanos de Europa?*, cit., p. 261.

33. Este modelo schmittiano de un estado de excepción permanente y generalizado es cuestionado por T. NEGRI/M. HARDT. Cfr. *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*, cit., p. 28. Llegando a afirmar que si el estado de guerra ha pasado a ser una situación global permanente, también la suspensión de la democracia tiende a convertirse en la norma, y no es la excepción. Cfr. op. cit., p. 39.

derecho, de decretar el estado de excepción, recae en el nuevo “*príncipe*”, el Presidente, gracias a los poderes otorgados por el propio Congreso³⁴. Pues bien, estamos asistiendo a la restauración (simbólica) del modelo despótico y al reingreso de la concepción del soberano como poder absoluto y autocrático. Entre aquel Leviatán oriental y el nuevo apenas hay diferencias; si antes el déspota era el propietario universal, ahora es un expropiador que decide la atribución de la propiedad privada de los medios de producción; la esclavitud y la servidumbre subsisten reencarnados en el sentido antes indicado mediante los sujetos de la inmigración o los ciudadanos dominados. En definitiva, el Presidente de EE.UU aparece como la reencarnación del monarca absoluto que reúne los poderes soberanos que Hobbes resumía en las características de inalienable, inmune, juez de la paz, distribuidor de la propiedad privada, juez y árbitro, encargado de recompensar y castigar³⁵. Si se observa con detenimiento, todas ellas son características que se dan en el actual modelo penal imperial.

Los campos de concentración suponen la extensión del estado de excepción a toda una población civil. En ese instante, el estado de excepción deja de ser una mera excepción justificada por la existencia de un peligro objetivo y real para pasar a desempeñar el papel de *regla de suspensión permanente de garantías* para todos los sectores de riesgo que entren en sus confines³⁶. Se inaugura, de este modo, un híbrido de *exclusión del derecho al amparo del propio derecho* que nos sirve para explicar uno de los fundamentos de los vigentes proyectos penales³⁷.

Por lo demás, asistimos al preámbulo del reingreso de la dicotomía schmittiana, de la guerra justa y preventiva como paradigmas del sistema penal.

La guerra preventiva ya apareció en la NSS de EE.UU. de 2002, como el método más adecuado en la lucha contra el terrorismo internacional³⁸. Ahora, la NSS de marzo de 2006 ratifica la intervención militar preventiva con el objetivo de lograr la paz en el mundo, luchar contra el terrorismo y evitar que algunos Estados puedan almacenar armas de destrucción masiva³⁹.

34. Para algunos, esta situación supone un retorno al estado de naturaleza hobbesiano. Sin embargo, M. MARESCA interpreta, por el contrario, que, en realidad, se dan los rasgos de la restauración de la razón de Estado, esto es, una situación de hecho previa a la existencia de individuos con capacidad y libertad para asociarse. En ese periodo, continúa el autor, la política se instrumentaliza en la conservación y expansión del poder del Estado y éste se concibe como el poder de una persona o familia. Los elementos que definen este momento son la eficacia en la perpetuación del poder y la derogación del derecho. Cfr. “Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley”, 2005, pp. 96-97

35. Vid. *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, 1999, Cap. XVIII.

36. Es la concreción del paradigma de la razón de Estado que genera un ámbito de irresponsabilidad penal. Cfr. M. MARESCA, “Antes de Leviatán...”, cit., pp. 94 y ss.

37. Cfr. G. AGAMBEN, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, cit., p. 217.

38. Cfr. The National Security Strategy of the United States of America (NSS), septiembre, 2002.

39. Cfr. Epígrafe III, B) y C).

La guerra, reservada antes a la resolución de conflictos externos entre Estados, se consolida como una actividad policial, como un instrumento de pacificación interna⁴⁰. Se trata de una batalla permanente, un estado de excepción sin límites en lo espacial y temporal, en la que los enemigos no tienen una localización concreta⁴¹. Lo cierto es que la política penal contemporánea desentierra la “cruzada contra el mal” en el estado de naturaleza a través de un Derecho penal militarizado, sin respeto alguno por los principios del Derecho internacional⁴².

Las notas características del flamante Derecho penal de lucha se corresponden tanto con la tesis de la *excepción schmittiana*⁴³ como con el planteamiento de la “emergencia suprema” de Walzer⁴⁴. Probablemente, se está produciendo un renacimiento de la guerra justa, de la consecución de fines éticos universalistas a través de la intervención coactiva, asimilando “enemigo” con “amenaza para la humanidad”⁴⁵. Es más, en nuestros días, la guerra justa adquiere el perfil de guerra preventiva en defensa de los criterios “morales” del sistema neoliberal⁴⁶, esto es,

40. Ha llegado un momento en el que apenas si puede diferenciarse entre lo exterior e interior del Estado-nación. Cfr. T. NEGRI/M. HARDT, *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*, cit., p. 36.

41. Cfr. NSS, septiembre, 2002. Igualmente, la NSS de 2006 se empecina en el argumento de la dispersión y no centralización del terrorismo actual. Cfr. Epígrafe, III, B).

42. Para S. NAÏR, la intervención de EE.UU. en Irak ha marcado el fin de una gran experiencia, de la monumental experiencia internacionalista del siglo XX que intentaba someter el uso de la fuerza al imperio de la Ley. Cfr. *El Imperio frente a la diversidad del mundo*, 2003, p. 79.

43. Es atractivo el paralelismo que establece S. ZIZEK entre la actual biopolítica paralegal —esto es, la sustitución de la ley por medidas administrativas— y el régimen autoritario de Alfredo Stroessner en Paraguay, en las décadas de 1960 y 70, un “sistema democrático” que luchó contra el comunismo en un estado de excepción permanente posponiendo el cumplimiento de la Constitución. Según ZIZEK, esa idea es la que anticipa la opción de las sociedades democrático-liberales tras el 11 de septiembre. Cfr. *Bienvenido al desierto de lo real*, 2005, pp.85-86.

44. M. WALZER elabora la categoría moral de la emergencia suprema, una especie de globalismo ético que renuncia a los principios, legitimando la intervención armada en una fase anterior a la lesión de los valores. Cfr. *Guerras justas e injustas*, 2001. Cfr. D. ZOLO, *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, 2000, p. 100.

45. Cfr. E. BALIBAR, *Prolegómenos a la soberanía*, cit., pp. 264-265. Respecto a la valoración de la actual reacción militar de los EE.UU. y sus aliados como un error trágico de riesgos incalculables, sobre todo, al haber transformado la lucha contra el terrorismo en una guerra justa, en una guerra santa, véase P. BARCELONA, *Alzata con pugno. Dentro la crisi della sinistra*, 2002, p. 102.

46. Cfr. M. WALZER, *Guerras justas e injustas*, 2001, p. 119. Ya planteó F. BACON que los gobernantes deben mantener la debida vigilancia, que ninguno de sus vecinos crezca de manera que pueda volverse más capaz que antes de causarles alguna molestia. Y si sus vecinos crecen demasiado entonces es preciso combatirlos, antes pronto que tarde, y sin esperar al primer golpe. Cfr. *Ensayos*, 1985, p. 75. A juicio de N. CHOMSKY, la guerra anticipatoria podría entrar en el marco del Derecho internacional, por el contrario, la preventiva entra en la categoría del crimen de guerra. Cfr. *Hegemonía o supervivencia. La estrategia imperialista de los Estados Unidos*, 2004, pp. 21-23. Sobre el tema de las guerras justas, A. CALLINICOS ha recuperado el argumento de Robert Cooper, consejero de Tony Blair, quien, en una alusión pública, distinguió entre el mundo posmoderno, que representa la seguridad, otro mundo moderno de Estados-nación en competencia, y un mundo premoderno de Estados fallidos; tras esta distinción, afirmó que “cuando tratamos con tipos de Estado a la antigua, debemos retornar a métodos más duros de épocas anteriores: la fuerza, el ataque preventivo,

se legitima la guerra siempre que exista la intuición de un peligro para aquellos principios. Se empareja así la amenaza de agresión con la agresión misma, justificándose tanto la guerra defensiva como la preventiva contra los que representan un riesgo de alteración de los intereses de Occidente.

La guerra preventiva, como modelo de actuación en la lucha contra el terrorismo internacional, aparece diseñada en la NSS de septiembre de 2002. En este documento se dice que la defensa de los EE.UU., de su pueblo y de sus valores, tanto en el interior como en el exterior, debe llevarse a cabo identificando y destruyendo la amenaza antes de que afecte a esos intereses; debe actuarse preventivamente con el objetivo de disuadir de la amenaza al potencial agresor⁴⁷. En suma, se acoge la tesis de que es mejor una guerra agresiva para proteger los principios que tener que recurrir a la defensa una vez iniciado el ataque. A tal fin, se ha creado un mando militar unificado, se ha producido una reordenación del FBI y se ha creado un nuevo departamento de seguridad nacional.

La imposición del modelo hegemónico norteamericano tras el 11-S⁴⁸ ha supuesto la instauración de un código de valores defendidos preventivamente a través de guerras "justas". Esta reposición del *justum bellum* en defensa de la legitimidad de la lucha contra la inmoralidad del enemigo se haya contenida, como se ha expuesto con anterioridad, en la *Nacional Security Strategy Of The United States Of America*, en la que se desarrolla la idea de un derecho de autodefensa mediante la acción preventiva⁴⁹. Entre los valores que aparecen enunciados en dicho documento, se

el engaño, (...) entre nosotros cumplimos la ley, pero cuando tenemos que actuar en la selva, debemos guiarnos por las leyes de la selva". Cfr. *Los nuevos mandarines del poder americano*, 2004., p. 52. Prevalece, como se ve, la lucha en el estado de naturaleza contra el terrorismo. Si antes la amenaza era el fascismo o el comunismo, ahora la coartada se denomina "islamismo radical" o cualquier ideología crítica con los valores de EE.UU.

47. En el epígrafe V se establece el concepto de "amenaza inminente" para justificar cualquier acción "defensiva" preventiva de los EE.UU.

48. Cfr. D. HARVEY, *El nuevo imperialismo*, 2004, p. 46.

49. En la Declaración estratégica de septiembre de 2002, y en la posterior de 2006, se subraya que EE.UU es una gran democracia multiétnica preocupada por el respeto a la igualdad de las mujeres, la tolerancia religiosa y étnica, garante de la privacidad del individuo, etc. Asimismo, se dibuja la silueta de la guerra contra el terrorismo como una guerra preventiva de duración indeterminada, al fin de evitar ataques contra los EE.UU. y sus "amigos" aliados. Al respecto, comenta P. SINGER que aceptar el derecho de cualquier potencia a actuar unilateralmente sin haber sido atacada y cuando no hay pruebas de que un ataque sea inminente, sería abrir la puerta a un uso generalizado de la fuerza y socavar la paz y la estabilidad internacionales. Cfr. *Un solo mundo. La ética de la globalización*, 2003, p. VIII. Estas manifestaciones de terrorismo de Estado han sido definidas por C.A. AGUIRRE ROJAS como maccartismo planetario, en el que todos los inocentes se vuelven potencialmente sospechosos. Cfr. *Para comprender el siglo XXI*, p.115. U. BECK califica la Estrategia de seguridad de EE.UU. en el Manifiesto de la América Global de principios del siglo XXI como nacional-cosmopolita, siendo en la Carta Magna de un cosmopolitismo antic cosmopolita a la americana. Este autor establece una comparación entre esta estrategia y la de Amnistía Internacional, ya que, en ambos casos, se pretende implantar globalmente los derechos humanos y la democracia. La diferencia radica en que, en la estrategia absolutista de seguridad norteamericana, el reconocimiento del *otro* no significa el reconocimiento de la alteridad sino de la igualdad del otro. Al fin, denuncia BECK que

reconocen como principios universales a los que debe aspirar la humanidad, la libertad, la dignidad humana, la democracia y el libre mercado, ya que sólo ellos pueden garantizar los derechos humanos y la libertad política y económica. Estas son las “verdades eternas” para todas las naciones del universo, aunque esencialmente la seguridad nacional pasa por una economía mundial fortalecida, por un libre cambio y mercados libres, por una sociedad de propietarios⁵⁰.

La legislación de excepción desplegada después del atentado del 11 de septiembre de 2001 en nombre de la “guerra justa” contra el terrorismo reproduce el esquema schmittiano del amigo/enemigo⁵¹, la no-persona —animal viviente— aristotélica, la ruptura del contrato hobbesiana, en definitiva, aparecen las figuras ya descritas del *homo sacer*, el *muselmann*, el *Unmensch*.

Lo que Agamben denomina totalitarismo moderno, es la instauración, mediante el estado de excepción, de una guerra civil legal que permite la eliminación no sólo de los adversarios políticos, también de categorías enteras de la población que, según parece, no pueden ser integradas en el sistema político. Desde entonces, la creación deliberada de un estado de emergencia permanente se ha convertido en una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, incluidas las

este modelo responde al neocolonialismo norteamericano de lo internacional, que es anticosmopolita porque se sitúa de manera absolutista por encima de unas leyes cuya observancia él exige a todos los demás países y gobiernos. Cfr. U. BECK. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, cit., p. 175. En definitiva, la NSS coincide con un informe que N. CHOMSKY saca a la luz, un documento secreto de 1995 del Mando Estratégico, que resucita la tesis del “loco” elaborada por Nixon y que decía: “nuestros enemigos deberían reconocer que estamos locos y somos impredecibles, con una extraordinaria fuerza destructiva y que no estamos comprometidos con la estupidez del Derecho internacional y las obligaciones contractuales”. Cfr. *Estados canallas. El imperio de la fuerza en los asuntos mundiales*, 2001, p. 33.

50. Cfr. NSS, septiembre, 2002, Epígrafe V. Se reconoce, además, que es vital para los intereses de EE.UU un desarrollo económico de Europa y Japón, del Fondo Monetario Internacional y el G-7. Cfr. Epígrafe VI. La guerra justa encuentra en el presente su fundamento en la defensa del modelo capitalista como, en otra época, se otorgaba a los españoles el derecho de declarar la guerra y tomar la tierra de los bárbaros por su oposición al derecho a la hospitalidad, a la libre misión, al libre comercio o a la libre propaganda; al modo en que se justificaban intervenciones humanitarias en defensa de personas sometidas injustamente por los bárbaros en sus tierras, o de indios convertidos al cristianismo. Cfr. C. SCHMITT, *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus publicum europeum*, 1979, pp. 102-109.

51. En ese sentido, describe S. ZIZEK cómo las *democracias liberales pluralistas y tolerantes* siguen siendo profundamente *schmittianas* y la nueva figura del enemigo experimenta un cambio fundamental: ya no se trata del imperio del mal, es decir, otra entidad territorial (un Estado o grupo de Estados), sino de un red mundial ilegal, secreta —prácticamente virtual— en la que la ausencia de ley (criminalidad) coincide con el fanatismo “fundamentalista” ético-religioso; y puesto que dicha entidad carece de cualquier estatuto legal positivo, implica el final de la ley internacional que reguló —al menos desde el comienzo de la modernidad— las relaciones entre los Estados. Cfr. *Bienvenido al desierto de lo real*, cit., pp. 88-89. La crítica de J. HABERMAS a la declaración de guerra contra el terrorismo por parte de la administración norteamericana se basa, por un lado, en que entra en el juego de las pretensiones políticas del terrorismo y, por otro, en que rehabilita la relación amigo-enemigo entre los Estados-naciones. Cfr. en G. BORRADORI, *La filosofía en una época de terror. Diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*, 2003, pp. 90-93.

democracias. No es necesario, por otra parte, que se declare el estado de emergencia en el sentido técnico de la expresión⁵².

La Ley Patriótica de EEUU confirma la configuración permanente del "*homo sacer*"⁵³. La posibilidad de detener indefinidamente a "combatientes ilegales" (a los que no se considera prisioneros de guerra⁵⁴), sin contacto con el exterior y carente de asistencia letrada, ha sido rechazada por la Sentencia de la Corte Suprema de EE.UU. de 28 de junio de 2004⁵⁵. Se argumenta que, incluso en estado de guerra,

52. Cfr. G. AGAMBEN, "El estado de excepción", en *Mientras Tanto*, nº 86, 2003, p. 58. Un argumento que reitera más tarde. Cfr. del mismo autor, *Estado de excepción. Homo sacer II*, 1. 2004, p. 11.

53. La Ley regula la detención de los no-ciudadanos que esperan la deportación, basada, simplemente, en la certificación del Fiscal General del Estado de que tiene "argumentos razonables para creer que" el no-ciudadano pone en peligro la seguridad nacional. Los no-ciudadanos que no posean el visado podrían ser detenidos indefinidamente si son apátridas, si su país de origen rechaza aceptarlos, o existe el riesgo de tortura. Vid., en sentido crítico, las manifestaciones de la Unión de Libertades Civiles de Estados Unidos. El aislamiento de los detenidos es tal que EE.UU. se ha negado a admitir, por razones de seguridad, que los jueces españoles interroguen a dos detenidos en Pakistán y tres en Guantánamo sobre el atentado de marzo de 2004 en Madrid. Se ha creado un *limbo legal permanente* que favorece la práctica impune de torturas. Cfr. S. M. HERSCH. *Obediencia Debida. Del 11-S a las torturas de Abu Ghraib*. 2004, p. 24. También hace referencia al limbo de la ilegalidad internacional, E. REVERTER, al relatar la nuda vida diaria en los campamentos de Guantánamo. Cfr. *Guantánamo*, 2004, pp. 27 y ss. En ese sentido, J. BUTLER recuerda cómo la mayor parte de los detenidos no tiene garantizada la asistencia legal, ni tan siquiera el derecho a un proceso justo. Los talibanes no gozan del estatuto de prisioneros de guerra. En nombre de una razón de seguridad y de emergencia nacional, comenta esta autora, estamos ante una verdadera suspensión del derecho, un nuevo modo de ejercitar la soberanía del Estado que se realiza fuera de la ley y a través de una elaboración de la burocracia administrativa, cuyos funcionarios no sólo deciden quién será procesado y detenido, sino que se arrojan el poder definitivo de decidir sobre la posibilidad de detener a cualquiera por tiempo indeterminado. Cfr. "Umano non umano. Modello Guantánamo", 2003, p. 2.

54. La Tercera Convención de Ginebra establece la necesidad de que un Tribunal competente decida si el detenido es un soldado, un terrorista o un civil inocente. Ahora bien, la Administración norteamericana consideró que la Convención de Ginebra sólo se aplicaba a los Estados y no a Al Qaeda. Cfr. A. LEWIS, "La legalización de la tortura tras el 11-S", *Claves de Razón Práctica*, nº 147, 2004, pp. 21 y ss.

55. El fundamento de esta jurisprudencia tiene varios precedentes. El primero de ellos data de diciembre de 2003, un Tribunal de apelaciones de San Francisco estableció que la base de Guantánamo está bajo la autoridad de EE.UU. y, en consecuencia, los allí detenidos cuentan con los derechos que poseen todos los que se encuentran en territorio norteamericano. Se reitera que la excepcionalidad que elimina ciertos derechos se contradice con los principios de la jurisprudencia estadounidense. La segunda, es de un Tribunal de New York que, respecto al caso Padilla (ciudadano estadounidense detenido durante dos años e incomunicado en una base militar de Carolina del Sur, al que se le imputó haber planeado hacer detonar una bomba "sucia" radiactiva en Estados Unidos), interpretó que su catalogación como "combatiente enemigo" no puede aplicarse a un ciudadano norteamericano detenido en Estados Unidos. Pues bien, a partir de la Sentencia de la Corte Suprema de 28 de junio de 2004, 600 detenidos en Guantánamo tendrían derecho al recurso de *habeas corpus* ante la jurisdicción estadounidense. Así, se revisó el caso Padilla, o el caso Hamdi et al., contra Rumsfeld, secretario de Defensa, *et al.*, núm. 03-6696, que alude a un ciudadano estadounidense detenido en 2001 en Afganistán y enviado a Guantánamo primero, y a una prisión militar de Virginia y a calabozos de Carolina del Sur después, donde ha estado incomunicado sin asistencia letrada durante

cualquier detención gubernativa podrá ser objeto de revisión legal por un tribunal de carácter neutral. Sin embargo, no se atrevió a pronunciarse sobre las detenciones indefinidas, ni puede derivarse necesariamente de dicha resolución la voluntad de derogar algunas de las medidas contenidas en la *Ley patriótica*. Antes bien: la Administración norteamericana sólo se ve obligada a crear un Tribunal “neutral” para satisfacer ciertas demandas (*habeas corpus*) de los detenidos, por lo que el desprecio por los derechos puede seguir siendo constante⁵⁶. En efecto, ya se ha creado un Tribunal (integrado por tres militares) de revisión de la condición de combatiente enemigo⁵⁷; dado que el procedimiento es de carácter administrativo, los detenidos carecen de determinadas garantías procesales: no tienen derecho a la presunción de inocencia, se invierte la carga de la prueba —son ellos los que deben demostrar su desvinculación con el terrorismo internacional— y tampoco pueden disponer de la asistencia de abogados elegidos libremente, sino de personas seleccionadas previamente por el Gobierno.

Retornando al contenido de la ley, no pasa en absoluto desapercibida la inclusión del denominado “terrorismo doméstico”⁵⁸, que ha relajado, aún más, el círculo de los enemigos: ya no es exclusivamente el inmigrante el objetivo de la Ley, sino cualquier ciudadano que actúe como sujeto político. Piénsese que el terrorismo doméstico lo integra cualquier actividad que suponga un peligro para

dos años. Otra de las revisiones corresponde al caso *Rasul et al.*, contra Bush, presidente de Estados Unidos, *et al.*, núms. 03-334 y 03-343, que afecta, esta vez, a un detenido británico en Guantánamo que solicitó el procedimiento de *habeas corpus* para acceder a la presencia del abogado, etc. Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, 2005, pp. 46 y ss. Sin embargo, algún Tribunal estadounidense ha llegado a negar que EE.UU. tuviera jurisdicción sobre la base de Guantánamo; en efecto, el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia reconoció que los detenidos indefinidamente en Guantánamo no tienen derechos en los Estados Unidos. Cfr. *Diario El País*, 13 de marzo de 2003, p. 9. En fin, la discusión gira en torno a si la base de Guantánamo es o no integrante de la jurisdicción de EE.UU. mientras que algunos precedentes jurisprudenciales sostienen afirmativamente el carácter norteamericano del campo de concentración, por el contrario, la Administración de EE.UU. con el apoyo de alguna sentencia aislada, argumenta que los sospechosos de terrorismo son “combatiente enemigos”, esto es, no pertenecen a un ejército ni responden a una cadena de mando militar, por lo que no les son aplicables las garantías legales de la Convención de Ginebra para prisioneros de guerra. Sobre la situación de los detenidos en Guantánamo, Vid. INFORME de Amnistía Internacional, *El estado de los derechos humanos en el mundo*, EDAI, Madrid, 2007, Informe sobre Estados Unidos, p.169.

56. Cfr. R. DWORKIN, “Guantánamo y la Corte Suprema de EE.UU.”, *Claves de Razón Práctica*, n° 146, 2004, p. 4. Para este autor, la conclusión real de esta sentencia debía ser que “la Constitución no permite al Gobierno detener indefinidamente a combatientes enemigos o terroristas sospechosos sin acusarles ni condenarles por ningún delito según las garantías tradicionales del derecho procesal penal estadounidense, a menos que efectivamente se les trate como a prisioneros de guerra. En tal caso los prisioneros de guerra gozarán de los beneficios y de las garantías previstos por el derecho internacional, incluyendo los convenios de Ginebra”. *Ibid.*

57. J.L. GONZÁLEZ CUSSAC califica la tesis del “combatiente enemigo” como un abuso y un claro fraude de ley. Cfr. “El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, pp. 84 y ss.

58. Sección 23331, Título XVIII.

la vida, constitutiva de una infracción de la ley penal de EE.UU., dirigida a intimidar o coaccionar a la población civil, a influir en la policía del Gobierno con intimidación o coerción, o relativa a conductas de destrucción masiva, asesinatos o secuestros.

Sin duda, tan vaga definición de terrorismo va a permitir englobar a los miembros de asociaciones antiglobalización y a todos los que proporcionan ayuda a esos grupos⁵⁹.

A la legislación comentada se ha unido, a través de la *Orden militar, de 13 de noviembre de 2001, sobre detención, tratamiento y proceso de determinados no-ciudadanos en la guerra contra el terrorismo*⁶⁰, la instauración de los *Tribunales militares secretos*⁶¹, que se ocupan de juzgar a no-ciudadanos acusados de terrorismo⁶², incluso en el propio territorio del no-nacional. No sólo la citada

59. Además, la *Ley patriótica* prevé el pago de recompensas para el que proporcione cualquier información sobre sospechosos de terrorismo (Título V, Sección 502).

60. Lo que, según J. PETRAS, supone un paso fatídico hacia la asunción de poderes dictatoriales. Cfr. *El nuevo Orden Criminal*, 2003, p. 52. En su ya conocida tesis del estado de excepción como paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea, G. AGAMBEN reconoce que el significado fundamental del estado de excepción, como una estructura original mediante la cual el derecho incluye en sí lo vivo a través de su propia suspensión, aparece en toda su claridad tanto en la *Ley Patriótica* como en la citada *Orden de 13 de noviembre de 2001*. Cfr. "El estado de excepción", cit., p. 58.

61. Los primeros tribunales militares (Comisiones) comenzaron a reunirse en agosto de 2004, sin respeto por el principio de legalidad penal y procesal, sin un procedimiento previamente establecido, sin garantías constitucionales ni internacionales, y con letrados militares designados por el Pentágono. Pese a ese estado de inseguridad jurídica, en enero de 2006, el Pentágono ha tomado la decisión de reanudar los juicios militares, y, al efecto, se ha constituido una Comisión para juzgar a Alí Hamza al Bahlul, al que acusan de ser el guardaespaldas de Bin Laden. A la existencia *ad hoc* de estas Comisiones se une, en este caso, la ausencia absoluta de asistencia letrada al detenido, el carácter secreto de las pruebas, y la obtención bajo tortura de algunos de los testimonios. Al respecto, el Tribunal Supremo de EE.UU., en sentencia dictada el 29 de junio de 2006, reconoció la incapacidad legal del Presidente en la creación de estas Comisiones militares y la vulneración de todo el sistema de garantías procesales, entre las que destaca el principio de separación de poderes. Sin embargo, tras reconocer que el Congreso no había entregado al Ejecutivo un cheque en blanco para la creación de tales Comisiones, en la citada sentencia no se impedía al Presidente que en el futuro pudiera solicitar al Congreso una autorización expresa para tal fin. Así fue, el 28 de septiembre de 2006, el Senado norteamericano aprobó la Ley sobre Comisiones Militares; desde este momento el Ejecutivo ya puede crear Comisiones Militares (Sec. 2, núms. 2 y 3) encargadas de juzgar a "combatientes enemigos ilegales extranjeros", con un rol inferior al de persona y carente de los derechos de los ciudadanos. En ese sentido, se admiten las pruebas obtenidas bajo tratos degradantes o inhumanos (art. 948 r), sin que se pueda alegar referencia alguna a la Convención de Ginebra (art. 948.d, b). Además, se trata de una ley con efecto retroactivo, por lo que puede aplicarse a los "detenidos" en Guantánamo aunque carezca de validez el procedimiento empleado por las Comisiones Militares existente con anterioridad a la Sentencia del Tribunal Supremo que condenó su nulidad. Asimismo, ningún tribunal de EE.UU. tiene jurisdicción para analizar los recursos de hábeas corpus de los "combatientes enemigos".

62. La Sección segunda define al terrorista como "cualquier individuo que no sea ciudadano de Estados Unidos, siempre que haya razones para creer que sea miembro o haya sido miembro de la organización Al Qaeda, que haya participado, ayudado o conspirado en la comisión de actos de terrorismo internacional, o en la preparación de los mismos, que haya causado, amenazado con causar

Orden es contraria a la quinta y sexta Enmienda, que requieren la existencia de un Tribunal civil, imparcial y público⁶³, también ha sido aprobada sin observar la imprescindible autorización del Congreso y la formal declaración de guerra (art. I. 8), ni adaptarse a los principios internacionales⁶⁴.

Como características singulares de estos Tribunales militares, podemos destacar que es el propio Presidente norteamericano el que decide quién debe ser juzgado militarmente, sin derecho a la apelación⁶⁵, aunque se puede disponer de letrado. El inciso *f* de la Sección primera de la *Orden* establece que las comisiones militares no se regirán por la aplicación de los principios legales y del sistema de pruebas del proceso penal general de los Tribunales federales. Se trata, en definitiva, de un juicio de carácter secreto, carente del principio de presunción de inocencia, en el que los autos son desconocidos por el procesado al que sólo se informará de la condena final, que puede ser la de muerte, bastando el voto de dos tercios de los miembros del tribunal (inciso A de la Sección tercera).

El resultado de esta legislación ha sido la configuración de un nuevo *homo sacer*, el “detenido” en Guantánamo⁶⁶. Una normativa que instituye la tortura

o que haya tenido como meta causar, lesionar o afectar negativamente a Estados Unidos, sus ciudadanos, su seguridad nacional, su política exterior o su economía, o que haya albergado a sabiendas a uno o más individuos que hayan realizado alguna de esas actividades”. La Constitución otorga al Presidente, como Comandante en Jefe, las competencias en periodo militar sin la exigencia de control del Congreso. El art. 106 del Código penal militar faculta al Presidente para intervenir contra cualquier persona que actúe como espía y sea juzgado por un Consejo de guerra general o por una comisión militar. Por otro lado, el art. 104 autoriza al Consejo de Guerra a proceder contra todo el que ayude al enemigo, o lo intente, con munición, fuentes, dinero, o de otro modo (...). Estas disposiciones se aplicaron en 1942 por el Tribunal Supremo— caso Quirin, 317 U.S.1 1942—, cuando el presidente Roosevelt juzgó, a través de tribunales militares, a saboteadores alemanes que habían llegado en un submarino a las costas de EE.UU. Entre ellos se encontraba —curioso paralelismo histórico— un ciudadano de EE.UU.

63. La Constitución estadounidense reconoce la creación, en determinadas circunstancias, de los Tribunales militares contra enemigos beligerantes en tiempo de guerra, pero, de ningún modo, puede legitimar el concepto de terrorista que aparece en la *Ley Patriótica*. Esta sustitución progresiva de la justicia ordinaria por Tribunales militares ha sido denunciada por la Unión de Libertades Civiles de Estados Unidos. En efecto, la Orden no sólo limita los derechos del así definido terrorista sospechoso por el Fiscal General, sino que los elimina. En última instancia, se considera que la creación de los Tribunales militares representa la probable abrogación del sistema civil de libertades ya que sólo pueden dirigirse contra un grupo de personas definidas y no contra los 20 millones de inmigrantes (no-ciudadanos, y por ende, sujetos sospechosos) que habitan en EE.UU.

64. En 1992, Estados Unidos ratificó la Convención internacional de Derechos civiles y políticos, que protege la seguridad personal frente a la detención arbitraria (art. 9) y garantiza el derecho a un juicio justo (art. 14).

65. La inexistencia del derecho de apelación ante la jurisdicción civil de los Estados Unidos convierte esta clase de procesos en estructuras controladas por el Ejecutivo, porque es éste quien decide si un detenido debe ser o no procesado, es él quien designa el tribunal, etc. En definitiva, al no existir una auténtica separación de poderes, el detenido queda expuesto a los designios del nuevo Emperador. Cfr. J. BUTLER. “Umano non umano. Modello Guantánamo”, cit., p. 2.

66. Cfr. S. BARONA, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, 2004, pp. 93 y ss. En torno a los talibanes detenidos, G. AGAMBEN comenta que con ellos la vida desnuda alcanza su indetermi-

como técnica de control, acercando la hipótesis de la confusión entre la actuación policial y la guerra. En ese contexto, se concede al Presidente norteamericano la facultad de decidir el uso de determinados métodos coercitivos durante los interrogatorios —esto es, el soberano decide sobre el estado de excepción en un nivel por encima de la ley—⁶⁷.

nación más extrema. Cfr. “El estado de excepción”, cit., p. 59. Se trata, como sostiene el autor, no de prisioneros o acusados sino de detenidos que son objeto de una dominación de hecho, sustraída por completo a la ley y al control judicial. Cfr. Estado de excepción. *Homo sacer* II, 1, cit., p. 13. Al respecto, R. DWORKIN ha llegado a afirmar que “el mundo ha quedado escandalizado al ver que estamos dispuestos a abandonar nuestros valores más fundamentales por el simple hecho de que nuestras víctimas sean extranjeras. Debemos pensar que el campamento “rayos X” y la cárcel de Abu Ghraib se conviertan pronto en los símbolos de una aberración nacional, tal como ocurrió con los campamentos de internamiento para ciudadanos estadounidenses de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial; campamentos que debemos cuidarnos de no repetir, y no en una prueba de aquello en lo que nos hemos convertido para vergüenza nuestra”. Cfr. “Guantánamo y la Corte Suprema de EE.UU.”, cit., p. 11. Sobre este punto, el Comité internacional de Cruz Roja ha denunciado las técnicas de coacción psicológica y física empleadas por el ejército norteamericano sobre los detenidos en Guantánamo. Entre las torturas habituales, destacan los actos humillantes, confinamientos en solitario, el sometimiento a temperaturas extremas, posiciones forzadas, etc. Además, también se denuncia que ciertos miembros del personal sanitario participan en la planificación de los interrogatorios. Cfr. Diario *El País*, 1 de diciembre de 2004, p. 9. Otros métodos han consistido en estrangulamientos, palizas, introducción de cigarrillos encendidos por los oídos, la inmovilización en las celdas durante más de 24 horas, etc. Cfr. Diario *El País*, 22 de diciembre de 2004, p. 5. Ante la reiteración de las torturas y los tratos inhumanos, algunos de los detenidos en Guantánamo iniciaron una huelga de hambre que no fue respetada por la Administración de EE.UU al imponerles coactivamente sondas alimentarias.

67. Un informe interno del general Taguban recoge las torturas a las que fueron sometidos los detenidos en la cárcel de Abu Ghraib. Cfr. Diario *El País*, 4 de mayo de 2004, p. 2; 7 de mayo de 2004, pp. 4 y ss.; 8 de mayo de 2004, pp. 6 y ss.; 12 de mayo de 2004, pp. 7 y ss. Más de una veintena de técnicas de tortura, psicológicas y físicas, fueron ordenadas por el Pentágono: privación del sueño, mantener en pie al preso durante horas, técnicas de calor y frío, desnudos integrales, etc. Cfr. Diario *El País*, 10 de mayo de 2004, p. 4. Casos similares han sucedido con prisioneros iraquíes por soldados británicos. Cfr. Diario *El País*, 20 de enero de 2005, p. 3. En diciembre de 2005, EE.UU. ha prohibido la práctica de la tortura y los tratos inhumanos a detenidos. Sin embargo, sólo se prohíben aquellos actos, daños físicos o mentales, que reúnan la condición de graves, severos, por lo que quedan legitimados los que no lleguen a ese límite. Además, los internos de Guantánamo carecen de capacidad para ejercer acciones legales en caso de malos tratos. Por fin, determinados organismos internacionales han solicitado el cierre de Guantánamo al que califican como centro de torturas; al respecto, Amnistía internacional ha denunciado las torturas sufridas por Jumah al Dossari, entre las que se encuentran: amenazas de agresión sexual, golpes en la cabeza, ser orinado, etc. La Comisión de Derechos humanos de Naciones Unidas, en un informe de 15 de febrero de 2006, relata que, hasta el 21 de octubre de 2005, había 520 detenidos en Guantánamo, diecisiete de los cuales habían sido designados por Bush para ser juzgados por tribunales militares y sólo nueve habían sido acusados formalmente. En este informe se afirma que Estados Unidos está distorsionando la legalidad internacional e infringiendo determinados derechos humanos y principios básicos de las sociedades democráticas: el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, imparcial e independiente, el derecho a la presunción de inocencia o el derecho de *habeas corpus*. En efecto, a los detenidos en Guantánamo se les está aplicando la *Orden militar de 13 de noviembre de 2001*, que, como se ha expuesto, permite que los detenidos lo estén de forma indefinida sin cargos y que sólo sean juzgados por una Comisión militar. Además, el citado informe denuncia la práctica de técnicas de interrogatorio

A las medidas “legales” frente al terrorismo, hay que sumar la estrategia, a espaldas del Derecho, representada por la realización de vuelos secretos de la CIA para trasladar a detenidos sin cargos a cárceles secretas en Europa o a distintos campos de concentración, es decir, a centros secretos de información antiterrorista financiados por la CIA y ubicados, de modo independiente, dentro de aquellos lugares⁶⁸.

En suma, la legitimación de los *tribunales militares secretos*, la *Ley Patriótica de 26 de octubre de 2001*, y la nueva Ley de marzo de 2006 que convierte toda una legislación de suspensión del derecho en permanente, conforman el mejor modelo schmittiano de excepción: el Estado no está sujeto a norma jurídica alguna y la ley puede ser suspendida o usada de forma instrumental⁶⁹. Lo mismo puede decirse de los detenidos en Guantánamo o en cualquier cárcel secreta: el Estado, en nombre del derecho a protegerse a sí mismo, en nombre de la soberanía, extiende su propio poder más allá de la ley.

A esta generalización de la excepción han contribuido los gobiernos europeos, no sólo restringiendo las garantías a través de su legislación excepcional, sino tolerando las detenciones ilegales y las torturas practicadas por funcionarios de EE.UU. en su propio territorio.

Por lo que respecta al Gobierno español, admitió durante cuatro años actividades de la CIA consistentes en la utilización de aeropuertos y espacio aéreo

que vulneran el derecho a no ser torturado ni padecer tratos inhumanos o degradantes: aislamiento de treinta días, mantenerse de pie hasta cuatro horas, privación de luz y estímulos sensoriales, interrogatorios de hasta veinte horas, avivar fobias individuales, uso de perros, exposición a temperaturas altísimas, privación del sueño durante varios días, etc. Por otra parte, se lesiona el derecho a las creencias religiosas mediante actos de intolerancia en los que se utiliza el Corán. En definitiva, se denuncia la vulneración de determinados preceptos del Convenio Internacional de Derechos civiles y políticos (artículos 9, 14, 7), así como los artículos 12, 13, 16 de la Convención contra la tortura. Por todo ello, se recomienda el cierre de Guantánamo y que los detenidos sospechosos de terrorismo pasen a disposición de un Tribunal internacional competente. Cfr. Comisión de Derechos Humanos. Situación de los detenidos en Guantánamo. E/CN.4/2006/120. Igualmente, en una decisión de 16 de febrero de 2006, el Parlamento europeo ha exigido el cierre de Guantánamo y el respeto por los derechos humanos contra toda forma de tortura. Se exige que a los detenidos se les aplique la legislación humanitaria internacional y que sean juzgados por tribunales imparciales en el plazo más breve posible. Al tiempo que se denuncia la existencia de un nuevo Reglamento del ejército de EE.UU. que permite que los prisioneros condenados a muerte por los tribunales militares puedan ser ejecutados en los mismos centros de detención.

68. El Parlamento Europeo ha decidido investigar la existencia de estos centros, la implicación de los gobiernos europeos en su diseño y su colaboración con los servicios secretos de EE.UU. El pleno de la Eurocámara aprobó el 18 de enero de 2006 la proposición de crear una Comisión específica encargada de analizar la realidad de estas cárceles, y de verificar la presencia de vuelos secretos con presos de distintos países.

69. Cfr. J. BUTLER, “Umano non umano...”, cit., p. 2. Se rompe el principio establecido en la Convención de Ginebra relativo al derecho a un proceso equitativo y legal, a una defensa y a la posibilidad de un recurso. Es claro, como afirma O. AUDEOUD, que Estados Unidos no respeta el derecho internacional ni los preceptos de la Convención de Ginebra. Cfr. “Prisonniers sans droits de Guantánamo”, *Le Monde diplomatique*, abril, 2002, p. 16.

español en materia de detenciones ilegales secretas y entregas extraordinarias. Se han confirmado sesenta y ocho escalas en aeropuertos españoles realizadas por aviones controlados por la CIA con la finalidad de realizar entregas extraordinarias —tres de esos vuelos procedían de Guantánamo o tenían ese destino—. Asimismo, permitió el uso de bases militares españolas para una docena de vuelos militares de EE.UU. con origen o destino a la base de Guantánamo entre 2002 y 2007.

De confirmarse tales hechos, el Gobierno español ha incurrido en responsabilidad penal por la realización de varios delitos. En primer lugar, estaríamos hablando de una participación por omisión respecto al delito de detención ilegal del artículo 167 del Código penal. Delito que se comete cuando el funcionario, sirviéndose del cargo que ostenta, no actúa en el ejercicio de sus funciones, esto es, no efectúa la privación de libertad por causa de delito ni pretende entregar al detenido a la autoridad judicial. La admisión de la participación omisiva en este delito de detención ilegal es aceptable ya que el tipo penal admite la construcción omisiva, los funcionarios del Gobierno español, al no impedir en su territorio tales detenciones ilegales, infringen un deber especial de velar por la seguridad de los ciudadanos que se encuentran en su territorio y, además, existe una estricta equiparación entre el comportamiento activo de partícipe y el pasivo respecto al resultado consistente en no controlar o reestablecer el foco de peligro que genera el resultado. Para admitir la participación por omisión del garante se exige la demostración de que el foco de peligro no controlado es la causa del resultado y que la omisión sólo facilitó lo que de todas formas se hubiera producido.

Si la participación activa en un delito de resultado y, en especial, la complicidad, se fundamenta en el aumento —a través de la actuación no esencial— del riesgo de lesión del bien jurídico, el equivalente en la participación omisiva se traduce en la necesidad de demostrar que el garante con su omisión no restableció la fuente de peligro generada por la acción y en ese sentido facilitó la realización del resultado⁷⁰.

Esa ausencia de control del Gobierno español es la que facilita la detención ilegal ya que una hipotética intervención debida del Estado español hubiera dificultado la ejecución de tales detenciones. De ahí que, si asimilamos la estructura de la participación omisiva y activa, existe una equivalencia absoluta entre el hecho de no dificultar de forma omisiva la acción y la correspondiente participación comisiva que facilita la producción del resultado.

Aparte de la participación por omisión en el delito de detención ilegal, el comportamiento también omisivo del Gobierno español respecto a las entregas extraordinarias, esto es la detención y tortura de los detenidos con destino a Guantánamo, podría dar lugar al delito de delito de torturas ya que se aplicaron técnicas que afectaban a la integridad moral de los detenidos concurriendo algunos de los elementos subjetivos que requiere el tipo: finalidad de obtener una confesión

70. Sobre la necesidad de plantear la equivalencia respecto a la cooperación necesaria y la complicidad. Vid. STS de 09/10/2000 (STLB_1344, TOL117.368).

o una información; deseo de castigarle o humillarle por sus creencias religiosas. Ahora bien, en este supuesto, los funcionarios españoles asisten pasivamente y no impiden el desarrollo de la tortura. De no existir una norma que expresamente hubiera previsto este comportamiento omisivo se trataría de un supuesto de omisión impropia y el autor respondería con la pena del delito cuyo resultado no obstaculiza. Sin embargo, el legislador español ha codificado en el artículo 176 un supuesto de comisión por omisión en el que aplica las penas “respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos”.

Se trata de la regulación expresa de la infracción del deber de garante que corresponde a la autoridad y a los funcionarios que tienen bajo su custodia al detenido o preso. Esta función de garante derivaba del Decreto de 17 de julio de 1975 que aprobó el Reglamento Orgánico de Policía Gubernativa que, en su artículo 186, declara que los funcionarios son responsables de la buena realización de los servicios a su cargo. En la actualidad, el artículo art. 5.3.b) de LO 2/1986 de LFCS, impone a los funcionarios el deber de velar por la vida, integridad y salud de las personas que están detenidas o bajo su custodia y respetar su honor y dignidad.

Otros de los hechos por los que el Gobierno español debe responder es por la participación de varios policías españoles en la práctica de interrogatorios a detenidos en Guantánamo⁷¹ (dos agentes policiales españoles, funcionarios de la Unidad Central de Información Exterior —UCIE— se desplazaron a la base militar de Guantánamo los días 23 y 24 de Julio de 2002 y se entrevistaron con un detenido, sin previa información de derechos, sin asistencia letrada y sin auto-

71. Cfr. STS de 20 de julio de 2006, (TOL 984.845). En esta sentencia se declara la nulidad del interrogatorio efectuada por los miembros de la UCIE en Guantánamo, la nulidad de las declaraciones de estos funcionarios en el Plenario, y la nulidad de las intervenciones telefónicas. En consecuencia, “toda diligencia o actuación practicada en ese escenario, debe ser declarada totalmente nula y como tal inexistente. Ello supone tener por inexistente la, eufemísticamente, denominada por el Tribunal sentenciador “entrevista policial”, lo que en realidad fue un interrogatorio porque éste se produce en una situación de desigualdad: una parte pregunta y la otra responde, y en este caso, el que respondía, estaba, además, privado de libertad. La entrevista sugiere una situación de igualdad de los contertulios, que, obviamente, no existió en el presente caso”. La citada sentencia, que revisa otra de 4 de octubre de 2005 de la Sección cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, absuelve a Hamed Abderrahaman, Hmido, del delito de pertenencia de banda armada por vulneración de las garantías procesales en torno a su detención y traslado a Guantánamo y posterior puesta a disposición del Juez Central de Instrucción nº 5, el 13 de febrero de 2004. Finalmente, concluye que “La detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, en la base de Guantánamo, custodiados por el ejército de los Estados Unidos, constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada. Bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero “limbo” en la Comunidad Jurídica que queda definida por una multitud de Tratados y Convenciones firmados por la Comunidad Internacional, constituyendo un acabado ejemplo de lo que alguna doctrina científica ha definido como “Derecho Penal del Enemigo”.

rización ni mandato de la autoridad judicial española competente). Este supuesto puede analizarse como complicidad activa en el delito del 167 ya que al tratarse de un delito permanente cualquier acto de colaboración, como lo sería el hecho de participar en interrogatorios, se convertiría en un acto de complicidad. Igualmente, responderían como autores del delito del art. 537 que sanciona a la autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de la detención. Al respecto, la STS de 20 de julio de 2006, describe que en los interrogatorios practicados por los policías españoles nunca estuvo presente la asistencia letrada. Algo por otra parte “normal” ya que recuérdese que los privados de libertad en Guantánamo carecen del derecho a designar abogado y a la asistencia letrada, además de estar carente de información sobre los derechos que le asisten y de la razón de la detención⁷². Asimismo, los policías españoles responderían además por el delito del artículo 176, que, como se ha expuesto, sanciona a los funcionarios que no impiden la práctica de la tortura a la que se encontraba sometida la persona interrogada.

Finalmente, el Gobierno español no sólo sería responsable de los delitos conforme al Derecho penal interno sino que incurriría en responsabilidad penal internacional⁷³. En efecto, el art. 16 de la Resolución A/RES/56/83/ de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 2001, determina la responsabilidad del Estado que colabora con otro en un hecho internacionalmente ilícito realizado por este último siempre que conozca las circunstancias del mismo. Una responsabilidad que engendra la obligación de restitución, indemnización y satisfacción íntegra del perjuicio causado —daño material y moral—⁷⁴.

72. Garantías recogidas en los arts 17.3 de la CE; art.5.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; art.9.2 del Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos y en el art. 520 de la LECr; Sentencia del Tribunal Constitucional —26 de mayo de 1987—; el TEDH, —Caso LUELICKE, BELKACEM y KOC— de 28 de noviembre de 1978 y —Caso OZTÜRK— de 21 de febrero de 1984.

73. Ver. Comisión de Derecho Internacional. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. (Resolución A/RES/56/83/ de la Asamblea General de Naciones Unidas de 12 de diciembre de 2001).El artículo 15 sanciona la violación de una obligación internacional mediante un comportamiento activo u omisivo del Estado.

74. Son los arts. 29 y ss los que establecen como consecuencias jurídicas el cese de tal acto, la seguridad de que no va a volver a repetirse y las modalidades de reparación posibles.

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Pre-textos, Valencia, 1998.
- “El estado de excepción”, en *Mientras tanto*, nº 86, 2003.
- *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*. Pre-Textos. Valencia, 2004.
- *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo sacer III*. Pre-textos, Valencia. 2002.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *El estado de los derechos humanos en el mundo*, EDAI, Madrid, 2007, Informe sobre ESTADOS UNIDOS.
- AUDEOUD, O. “Prisonniers sans droits de Guantánamo”, en *Le Monde diplomatique*, abril, 2002.
- BACON, F. *Ensayos*. Ediciones Orbis, Barcelona, 1985.
- BALIBAR, E. *Nosotros ¿ciudadanos de Europa?* Madrid, Tecnos. 2003.
- BARATTA, A. “Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritto”, en *Democrazia e diritto/5, La Bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*. Milano. 2001.
- BARCELLONA, P. *Alzata con pugno. Dentro la crisi della sinistra*. Città Apperta, Troina, 2002.
- BARONA, S. *Seguridad, celeridad y justicia penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- BUTLER, J. “Umano non umano. Modelo Guantánamo”, en *Il manifesto*, nº 35, 2003.
- CALLINICOS, A. *Los nuevos mandarines del poder americano*. Alianza, Madrid, 2004.
- CHOMSKY, N. *Estados canallas. El imperio de la fuerza en los asuntos mundiales*. Paidós, Barcelona, 2001.
- *Hegemonía o supervivencia. La estrategia imperialista de EE.UU.* Ediciones B, Barcelona, 2004.
- DAL LAGO, A. *Polizia globale. Guerra e conflitti dopo l'11 settembre*. Ombre corte, Verona, 2003.
- DETNER, M. *Rückkehr zum “Klassischen Strafrecht” und die Einführung einer Beweislastumkehr*. Berlin. 1999.
- DWORKIN, R. “Guantánamo y la Corte Suprema de EE.UU.”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 146, 2004.
- GIDDENS, A. *La tercera vía y sus críticos*. Taurus, Madrid, 2001.
- GÓMEZ MARTÍN, V. “Libertad, seguridad y “sociedad del riesgo”, en V. Gómez Martín (coord.), *La Política Criminal en Europa*. Atelier, Barcelona, 2004.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- HABERMAS, J. en BORRADORI, G. *La filosofía en una época de terror. Diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*. Taurus, Madrid, 2003.
- HARNECKER, M. *La izquierda en el umbral del siglo XXI*. Madrid, 1999.
- HARVEY, D. *El nuevo imperialismo*. Akal, Madrid, 2004.
- *Espacios de esperanza*. Akal, Madrid, 2003.
- HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- HERSCH, S.M. *Obediencia Debida. Del 11-S a las torturas de Abu Ghraib*. Aguilar, Madrid, 2004.
- HERZOG, F. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*. Heidelberg, 1991.

- HOBBS, T. *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, 1999.
- KINDHÄUSER, U. *Gefährdung als Straftat*. Frankfurt a. M., 1989.
- KÖTTER, M. “Das Sicherheitsrecht der Zivilgesellschaft”, en *Kritische Justiz*, I, 2003.
- KUNZ, K.-L. *Bürgerfreiheit und Sicherheit. Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik*. Lang, Bern, 2000.
- KRATZSH, D. *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*. Duncker und Humblot, Berlin, 1985.
- LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER, S. *Innere Sicherheit. Herausforderungen an den Rechtsstaat*. Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe. Müller, Jur. Verlag, Heidelberg, 1994.
- LEWIS, A. “La legalización de la tortura tras el 11-S”, *Claves de Razón Práctica*, nº 147, 2004.
- MARESCA, M. “Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley”, en G. Portilla Contreras (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Akal, 2005.
- MOUFFE, C. *La paradoja democrática*. Gedisa, Barcelona, 2003.
- NAÏR, S. *El Imperio frente a la diversidad del mundo*. Areté, Barcelona, 2003.
- MUÑOZ CONDE, F. *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- NEGRI, T./HARDT, M. *Imperio*. Paidós, Barcelona, 2002.
- *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*. Debate, Barcelona, 2004.
- PRATL, H. “Es wird ungesund in Deutschland”, en *Süddeutsche Zeitung*, nº, 186, 13/14 de agosto de 1994.
- PETRAS, J. *El nuevo Orden Criminal*. Libros del zorzal, Buenos Aires, 2003.
- REVERTER, E. *Guantánamo*. Península/Atalaya, Barcelona, 2004.
- SCHMITT, C. *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus publicum europeum*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1979.
- SINGER, P. *Un solo mundo. La ética de la globalización*. Barcelona, 2003.
- SCHNELL, B. “Teilweise quer in der Landschaft”, en *Kriminalistik*, 1994.
- STRENG, F. “Innere Sicherheit- kriminalpolitische Aspekte”, en *Schlüchter* —GS. Köln, 2002.
- VASAPOLLO, L./GALARZA, H./ JAFFE, H. *La lógica del imperialismo. Introducción a la historia y la lógica del imperialismo*. El Viejo Topo. Barcelona, 2005.
- WALZER, M. *Guerras justas e injustas*. Paidós, Buenos Aires, 2001.
- ZIZEK, S. *El espinoso sujeto*. Paidós, Barcelona, 2001.
- *Bienvenido al desierto de lo real*. Akal, Madrid, 2005.
- ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*. Paidós, Barcelona, 2000.

