

Construcción de *nuda vida* y excepcionalidad. Análisis de algunas herramientas jurídicas en Argentina, Chile y Colombia

Fecha de recepción: 24-04-2019

Fecha de aceptación: 30-05-2019

Laura Soto Moreno*

Introducción

Utilizando elementos conceptuales de la teoría política y la filosofía jurídica, este artículo tiene como objetivo mostrar el funcionamiento de la figura de estado de excepción en algunos países latinoamericanos, tomando los desarrollos particulares de G. Agamben, de esta forma se propone como hipótesis que algunas normas cuyo objetivo es la seguridad en los países estudiados, pueden configurar estados de excepción. En el sentido de G. Agamben la excepción soberana es la forma en que el poder estatal crea el espacio mismo en el cual el orden jurídico- político tiene valor (Agamben: 2002). Para ello, se estudiaron los aspectos formales de algunos textos jurídicos y las cuestiones materiales en relación con la aplicación de las leyes estudiadas. Además, se busca mostrar que el planteamiento de esas leyes de emergencia, definidas como dispositivos de seguridad, facilita el control poblacional por parte de los estados y construyen cierto tipo de *nuda vida*. Asimismo, la intención es entrever la actualidad de las teorías biopolíticas como un marco analítico para comprender la actuación del derecho. Para desarrollar esto, primero se puntualizarán los conceptos de la biopolítica que se van a utilizar y porqué la elección de los países. Luego se expondrán ejemplos puntuales de la legislación que podrían configurarse en estado de excepción, se toman los casos de la justicia penal militar en Colombia, el fuero militar en Chile y las Órdenes del Día y Decretos de Necesidad de Urgencia para el caso de Argentina. Finalmente, se mostrará cómo algunos dispositivos de seguridad, cuyo objetivo es el control poblacional, construyen vida desnuda, vida no cualificada a través de las prácticas policiales. Los ejemplos serán la llamada detención por sospecha en Colombia, el control de identidad preventivo en Chile y las detenciones arbitrarias, llamadas *razzias* en Argentina. Se concluirá afirmando la contradicción entre un estado que debe garantizar los derechos de la ciudadanía frente a unas políticas cuyo centro es la vida desnuda de toda cualificación, vida que, eventualmente, puede ser sacrificada según los requerimientos de seguridad.

* UNPAZ, UNDAV/CONICET-IIGG

Biopolítica y estado de excepción

En la teoría de Agamben se entiende por soberano aquel que define el estado de excepción y, al interior de este, el espacio de indistinción entre violencia y derecho (Agamben 2001, p. 90). El poder soberano es fundamental en la tradición occidental del estado- nación porque es la muestra de la relación indisoluble entre violencia y derecho, nexo que contiene la paradoja de la decisión sobre el estado de excepción en que "...la ley (el lenguaje) se mantiene en relación con el viviente retirándose de él, abandonándolo a la propia violencia y a la propia ausencia de relación. La vida sagrada, es decir, la vida presupuesta y abandonada por la ley en el estado de excepción, es el mudo portador de la soberanía, el verdadero sujeto soberano" (Agamben: 2001, p. 96). Entonces, la característica de la política moderna es la politización de la vida biológica, la llamada *nuda vida*, vida desnuda desprovista de toda cualificación. Esta vida desnuda es el centro de la acción estatal, es la que se transforma en *homo sacer*, una figura del derecho romano arcaico que consiste aquella vida a quien cualquiera puede dar muerte pero que es, a su vez, insacristificable (Agamben: 2002). Cuando las fronteras de la excepción se diluyen, el espacio de la vida desnuda que estaba al margen del orden jurídico comienza a coincidir con el propio ordenamiento jurídico por lo cual esta vida pasa a ser sujeto y objeto de la política. Las consecuencias materiales de ello es que cualquiera pueda transformarse en *homo sacer*.

En ese sentido, los organismos estatales actúan como soberanos al decidir sobre el estado de excepción cada vez que citan razones de seguridad para limitar derechos. Frente a los derechos humanos el estado funciona con una doble lógica: como un aparato limitador de derechos para ciertas personas, escudándose en razones de seguridad y, por otro lado, como un ente activo cuyo objetivo es garantizar los derechos individuales y colectivos de ciertos sectores de la población. Los gobiernos gestionan los períodos de crisis a través de estados de emergencia constitucionales que se aplican en momentos específicos de catástrofe. Sin embargo, estas normas no son las únicas caracterizadas por su excepcionalidad, las legislaciones contra la delincuencia, el terrorismo y la migración son también propias del accionar estatal y restringen los derechos de manera considerable. Más adelante en el artículo, se mostrarán algunos ejemplos concretos de esta contradicción entre derechos humanos y seguridad.

La preocupación por el tema surge de la evidencia de que en varios países de Latinoamérica se han aprobado o por lo menos, discutido normas cuyo objetivo es controlar a la delincuencia y al terrorismo a través del mecanismo de la inflación penal. Este artículo es resultado de la investigación realizada para la tesis de maestría en derechos humanos en la cual se tomaron normativas de Argentina, Chile y Colombia, esto por una cercanía personal con dichos países y, por lo tanto, mayor conocimiento de su realidad política y jurídica. El caso de Colombia es particular por el conflicto social y armado interno mantenido por más 50 años en el cual gran parte de su población rural se vio involucrada directa o indirectamente, esto ha servido como argumento estatal para aplicar y mantener normas contradictorias con los derechos humanos. En relación con Chile, allí también se presentan características peculiares en la aplicación discriminatoria de la ley antiterrorista contra la comunidad mapuche particularmente. Si bien, los tres países tienen realidades específicas cabe destacar el

conflicto armado en Colombia, el conflicto mapuche en Chile y el control de sectores pobres de la población, en el caso de Argentina, como aspectos particulares al analizar el funcionamiento del estado de excepción.

II La caracterización de un estado de excepción a partir de la legislación

En el texto *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice* (2006), los autores Gross, O. y Ni Aoláin, F. hacen un estudio exhaustivo acerca de diferentes tipos de regímenes de emergencia en las sociedades democráticas y los agrupan en lo que ellos llaman “modelos de acomodación”. Estos modelos implican modos de adaptación de los estados a contextos de crisis en tiempos de emergencia, para intentar mantener principios legales y normas cuanto más sea posible. Según estos modelos de acomodación, cuando un estado se enfrenta a contextos de emergencia, es legal e incluso constitucional, que la estructura estatal se relaje (incluso la suspensión de algunas partes de dicha estructura). A su vez, establecen los autores, los modelos clásicos de acomodación más comunes en diferentes regímenes políticos son el de dictadura romana, el estado de sitio francés (el más usado en Latinoamérica) y la llamada ley marcial del Reino Unido. Además de estos, hay modelos creados por los regímenes constitucionales cuya intención es otorgar respuestas precisas e inmediatas dentro del marco de la legalidad a cualquier contingencia que se pueda presentar. Estos tipos de regímenes de emergencia tienen una remembranza al modelo de dictadura romana (el cual desarrolló Schmitt en su defensa del estado de excepción) aunque dentro del marco constitucional pues, según los defensores de este tipo de herramientas: “...la dictadura romana, a pesar de sus deficiencias, demuestra que un dictador temporal, formado bajo las fronteras de ciertas limitaciones constitucionales y con la intención de mantener el orden constitucional existente, es un medio factible a través del cual una sociedad libre y democrática puede preservarse a sí misma y a su orden constitucional bajo exigencias extremas”¹ (Gross y Ni Aoláin: 2006, p.36). A partir de esta afirmación y de la lectura atenta de los libros de G. Agamben es plausible pensar en un estado democrático conviviente con prácticas y legislaciones del tipo de dictadura romana o bien, con herramientas propias de la excepcionalidad.

Estos marcos legales se pueden incluir en la idea de gubernamentalidad, definida por Foucault como el conjunto de instituciones, dispositivos de seguridad, cálculos y tácticas de economía, además de procedimientos, reflexiones y análisis que permiten controlar a la población (Foucault: 2007). Esas prácticas gubernamentales traen consigo la administración de la vida para mantener la seguridad y la soberanía de los sistemas democráticos. Por supuesto, dentro de ese marco de gubernamentalidad, están los llamados modelos de acomodación constitucionales y otras prácticas institucionales no consideradas explícitamente en esas leyes de emergencia y que, sin embargo, conforman esos procedimientos cuyo objetivo es mantener la seguridad y superar la crisis. De esta forma, pareciera necesaria la crisis permanente de los gobiernos, que utilizan las herramientas de la excepcionalidad de manera constante. Esto apoya la afirmación hecha por Agamben en la saga *Homo Sacer*: el estado de excepción, como estructura política fundamental, ocupa más espacio y tiende a convertirse en regla (2002). Retomando a Gross y Ni Aoláin, la expansión y concentración de poderes no es una cuestión particular de los tiempos de crisis, pareciera que estos mecanismos son parte de la modernización de la sociedad y de la necesidad estatal por involucrarse cada vez más en diferentes áreas de la vida humana (2006) frente a una sociedad cada vez más compleja. Continúan los autores explicando la paradójica dependencia que tiene la democracia de los mecanismos de excepción para la protección de la población y esto justamente, lleva a cuestionar si cualquier violación de los derechos humanos y de los valores democráticos fundamentales puede

¹ Traducción libre hecha por la autora desde el inglés, el texto original dice: “...the Roman dictatorship, despite its deficiencies, demonstrates that a temporary dictatorship, formed within the boundaries of certain constitutional limitations and directed at maintaining the existing constitutional order, is a feasible means by which a free and democratic society may preserve itself and its constitutional order in extreme exigencies” (Gross y Ni Aoláin: 2006, p. 36).

estar justificada en favor de la supervivencia del orden constitucional. Pareciera entonces que los estados democráticos no pueden salir de esa paradoja característica de las prácticas biopolíticas, mantener el orden jurídico y político mediante la propia suspensión del derecho.

Según los modelos de acomodación nombrados anteriormente, cuando una nación se enfrenta a alguna emergencia, es legal que la estructura jurídica se relaje y que incluso algunas partes de esta se suspendan. Junto con esto, en momentos de emergencia algunas partes de la estructura jurídica desaparecen, con lo cual el derecho se sostiene a través de su propia suspensión. Esta paradoja de inclusión de una estructura jurídica a través de la exclusión puede entenderse mejor teniendo en cuenta el desarrollo teórico agambeniano respecto del *campo*. Agamben entendió que la esencia del campo consiste en la materialización del estado de excepción en el cual la *nuda vida* (entendida como vida desnuda a la cual se le arranca cualquier tipo de cualificación) es protagonista:

“Si esto es verdad, si la esencia del campo consiste en la materialización del estado de excepción y en la consecuente creación de un espacio para la vida vegetativa como tal, deberíamos admitir, entonces, que nos encontramos potencialmente en presencia de un campo cada vez que se crea semejante estructura, independientemente de la entidad de los crímenes que se han cometido y cualquiera sea la denominación y topografía específica.(...) (este lugar) delimita un espacio en el que el ordenamiento normal se suspende de hecho y, en el cual, que se cometan o no atrocidades no depende del derecho, sino sólo de la civilización y del sentido ético de la policía que actúa provisionalmente como soberana (por ejemplo, en los cuatro días en que los extranjeros pueden ser detenidos en la zone d’attente antes de la intervención de la autoridad judicial). Pero también algunas periferias de las grandes ciudades postindustriales comienzan hoy a parecerse en este sentido a los campos. En ellas, la vida vegetativa y la vida política entran, al menos en determinados momentos, en una zona de absoluta indeterminación. El nacimiento del campo en nuestro tiempo aparece, bajo esta perspectiva, como un evento que señala de manera decisiva el mismo espacio político de la modernidad” (Agamben: enero 2007).

Para Agamben, la estructura del campo como estado de excepción, como una localización dislocante es, “la matriz escondida de la biopolítica en la cual vivimos, que debemos empezar a reconocer a través de todas sus metamorfosis” (Agamben: enero 2007). Algunas de esas metamorfosis son los espacios de espera de los aeropuertos, las periferias de nuestras ciudades, en el caso de Chile la región del Wallmapu mapuche en donde son recurrentes la aplicación de medidas de urgencia para controlar el conflicto territorial. También podrían caracterizarse como tal las zonas de conflicto en Colombia en donde la soberanía territorial está dividida entre estado, insurgencia y demás grupos al margen de la ley, en el caso de Argentina, las villas en las cuales hay disputas territoriales permanentes entre policía y delincuencia por el control de la droga, y así sucesivamente es posible seguir numerando ejemplos de nuestros países en los cuales el ordenamiento jurídico está suspendido de hecho y de manera formal en algunos momentos. Lo común en estos ejemplos es que el estado de excepción no se relaciona solamente con un espacio físico particular y extremo como

serían los campos de concentración de los totalitarismos, sino que también responde a las políticas implementadas en las democracias contemporáneas respecto de la seguridad.

Los dilemas de seguridad para los estados no se presentan solo a nivel externo, es cada vez mayor el desarrollo de relaciones inmunitarias (Esposito) para protegerse de los enemigos internos. En palabras de Derrida, los aparatos de seguridad presentan un comportamiento paradójico en el que el estado mismo se vuelve inmune a sus defensas por eso, para protegerse, inicia un proceso de aseguramiento a todo nivel contradictorio con el principio de las libertades individuales, que antes era un valor superior al de la seguridad (Derrida: 2004). De esta forma se pueden encontrar espacios políticos administrados a la manera de un *campo*, con fronteras fácilmente identificables en lo físico, así como otros lugares más amplios cuyos límites físicos son difusos. En esos casos, el funcionamiento del estado de excepción se relaciona más con las formas de gobierno o la gubernamentalidad caracterizada por Foucault, como todo aquello que opera en la modificación de conductas.

A partir de algunos casos en países latinoamericanos (puntualmente Chile, Colombia y Argentina), se pretende dar cuenta de los diferentes procedimientos de seguridad considerados de excepción en los sistemas democráticos, enfatizando en las lógicas de inclusión y exclusión que se pueden encontrar en los diferentes niveles de las prácticas políticas de un país, caracterizadas por el aumento exacerbado de medidas securitarias que conforman el arco de la biopolítica. Siguiendo con la argumentación, la lógica inmunitaria del sistema crea amenazas permanentemente porque estas otorgan sentido al funcionamiento del organismo para mantener la zozobra en la población, priorizando la seguridad por sobre otros valores como la libertad o la igualdad. El peligro es construido por el propio sistema que requiere presuponer el mal a enfrentar pues el mecanismo inmunitario funciona a través de la reacción no de la acción, “Y esto no sólo en el sentido de que deriva de aquel su propia necesidad –es el riesgo de infección lo que justifica la medida profiláctica-, sino también en el sentido, más comprometido, de que funciona precisamente mediante su uso (el del mal)” (Esposito: 2009, p.17). En ese contexto, las medidas de seguridad se enfocan en mantener el equilibrio tanto a nivel externo como interno, activando la capacidad inmunológica del sistema, como propone Esposito. Así, la Seguridad Ciudadana por poner un ejemplo actual, resulta ser un aspecto central de la agenda pública y es utilizada como justificación para mantener políticas represivas. En ese sentido, “...las acciones gubernamentales y los discursos políticos aparecen dominados por el *síndrome del temor* y del corto plazo, con un predominio de soluciones que privilegian el uso de la fuerza y las restricciones de libertad como mecanismos aptos para delinear soluciones” (Escobar et. al: 2005, p. 14).

La creación constante del enemigo puede llevar a las restricciones de la libertad como valor democrático. Particularmente, en el caso de Colombia, el mantenimiento del conflicto armado por más de 50 años ² ha justificado continuamente el uso de la fuerza y la represión por parte del estado colombiano. Es una democracia caracterizada por el jurista e investigador Uprimny Yepes, como un sistema en peligro pues él entiende que en Colombia “...las reacciones jurídicas y políticas frente a esas amenazas, en muchas ocasiones (no en todas), en vez de disminuir los riesgos para la población

² Durante la investigación que dio lugar a este artículo, se firmaron los acuerdos de paz entre el gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC-EP. La firma se dio en noviembre de 2016, poniendo fin a más de 50 años de conflicto con ese grupo insurgente. Respecto de la guerrilla del ELN, ésta aún mantiene operaciones insurgentes y los diálogos de paz que estaba adelantando con el gobierno de Juan Manuel Santos en el 2017 fueron levantados de manera unilateral por el gobierno actual de Iván Duque. Así que, en términos formales y materiales, aún existe conflicto armado en Colombia.

los incrementan con lo que abren las compuertas para abusos por parte de las autoridades estatales, sin llegar a ser realmente eficaces para enfrentar los desafíos de seguridad” (Uprimny Yepes: febrero, 2006). Esta afirmación la hizo refiriéndose a las medidas antiterroristas dictadas por los diferentes gobiernos y enfocó su análisis partiendo de dos perspectivas, el contexto y el texto formal de las normativas. Para este jurista algunas de las medidas pueden ser consideradas acorde con los estándares internacionales de derechos humanos, pero, en la práctica, hay abusos evidentes por parte de las autoridades por eso considera importante hacer referencia a las dos variables.

A partir del análisis del texto y del contexto de la normativa, se identificaron algunos ejemplos de leyes que, en la práctica van en contra de los derechos humanos y funcionan como medidas de excepcionalidad permanente. El funcionamiento de la justicia penal militar es un claro ejemplo de una normativa que desconoce los estándares internacionales de derechos humanos, según Uprimny Yepes. Esta jurisdicción especial fue convertida en legislación permanente en Colombia a partir de la Constitución Política (CP) de 1991 pero, posteriormente, la Corte Constitucional (CC) la declaró inconstitucional a través de la sentencia C-392 de 2000 al considerar ya superado el contexto de emergencia que justificaba su existencia. Dicha Corte ha considerado al fuero penal, delimitado por el art. 221 de la CP de Colombia, como una excepción a la regla general que otorga la competencia del juzgamiento de los delitos a la jurisdicción ordinaria. Para la Alta Corporación, el fuero militar rebasa el marco del derecho procesal, para constituir por igual un desarrollo normativo de carácter sustancial orientado a observar los actos cometidos en el ejercicio de la función militar. En ese sentido, el régimen penal de los militares resulta completamente diferente al de los ciudadanos en general, caracterizando aquel sistema penal como de excepcionalidad, cuya existencia se encuentra justificada en la necesidad de proteger a las fuerzas armadas en el marco del conflicto social y armado en Colombia.

Sin embargo, resulta ejemplificador para esta investigación que, en medio del contexto de diálogos de paz adelantados entre la insurgencia de las FARC y el Estado colombiano desde el año 2012 hasta el 2016, haya sido aprobada por el Congreso colombiano una reforma del fuero militar reviviendo su aplicación y ampliando las facultades de esta justicia, la cual debería ser excepcional. Esta modificación se aprobó en el año 2015 y, si bien dicha ley fue demandada por inconstitucional ante la CC, este organismo, al contrario de lo que había afirmado en la anterior sentencia del año 2000, declaró la norma como exequible. Al respecto hay que destacar el salvamento de voto realizado por el magistrado Jorge Iván Palacio, quien consideró la aprobación de esta reforma como un riesgo para la efectividad de los derechos humanos y un mecanismo hacía la impunidad. La reforma consistió en que las conductas punibles, en relación con el servicio, serán en adelante conocidas por tribunales militares compuestos por personal de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro. Estas investigaciones deben complementarse con los instrumentos jurídicos brindados por el Derecho Internacional Humanitario (DIH) con lo cual, a las conductas relacionadas con el conflicto armado que reúnan las condiciones objetivas del DIH se le deberán aplicar dichas normas. Sobre esta ampliación del fuero penal militar el magistrado Palacio en su salvamento de voto:

“(…) estimó que esa reforma vulneró un eje definitorio de la Constitución, que es el deber de garantizar el respeto y protección de los derechos humanos y la obligación de investigar y juzgar de manera genuina e imparcial las graves violaciones e infracciones al Derecho Internacional Humanitario y al DIDH.

Palacio fue mucho más allá al estimar que la justicia penal militar, dada su naturaleza excepcional, debe tender a desaparecer del ámbito penal de los Estados. En este sentido, aseveró que resultaba ilógico que estando ejecutando mecanismos jurídicos para la consolidación de la paz, mediante una reforma constitucional haya extendido aún más las normas propias que rigen situaciones del conflicto armado.

Afirmó que ampliar las regulaciones del Derecho Internacional Humanitario a un ‘enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas’, es un contrasentido en el marco de un proceso de justicia transicional y en igual medida sustituiría el deber de garantizar el respeto y protección de los derechos humanos” (Colprensa: febrero 2016).

Acorde con el magistrado, sería de esperarse un cuestionamiento del fuero penal militar e incluso su eliminación en el marco de un proceso de paz con la insurgencia y de un contexto de posconflicto. Justamente, la organización Human Rights Watch (HRW) expresó su preocupación acerca de este proyecto de ley al considerar a la justicia penal militar como un límite para el juzgamiento de los asesinatos de civiles por parte de las fuerzas armadas, garantizando un marco de impunidad. En su informe de 2015 HRW afirma que:

“La administración Santos continúa promoviendo varios proyectos de ley que menoscaban la posibilidad de establecer la responsabilidad penal y política relacionada con los homicidios ilegales de civiles por parte de militares, incluyendo los llamados falsos positivos. La legislación propuesta crea un serio riesgo de que esos casos puedan ser transferidos desde la justicia civil al sistema de justicia militar, que carece de independencia y tiene un muy pobre historial investigando violaciones a los derechos humanos”³(HRW: 2015, p. 167).

La marcada impunidad de la justicia penal militar posibilitó que, recientemente, nueve oficiales del ejército que podrían estar involucrados en los llamados “falsos positivos”, asesinatos de civiles para presentar estadísticas militares positivas; fueron nombrados en puestos claves de la institución. El estado, lejos de investigar estos hechos y sancionar a los responsables, otorga impunidad jurídica y protección política a los involucrados nombrándolos en lugares de poder, esto fue denunciado por HRW y otras organizaciones de la sociedad civil en marzo de 2019⁴.

Una situación similar acerca de la permanencia de normas propias de un estado de excepción se observa en el caso de Chile, también en referencia a la justicia militar. En el informe 2015/2016 Amnistía Internacional (AI) alerta acerca del mantenimiento de la justicia militar en Chile pues, en lugar de hacer el traslado a la justicia ordinaria de algunos casos que involucran a fuerzas armadas en violaciones de derechos humanos, algunos de esos procesos han sido tratados por la justicia militar trayendo como consecuencia rebaja de penas e impunidad, puntualmente en referencia al asesinato de Gutiérrez Reinoso de 16 años, y las heridas a Burgos Toledo, durante una

³ Traducción propia de la autora, la frase original es: “The Santos administration continues to promote several bills that would undercut accountability for unlawful killings of civilians by the military, including so-called false positive killings. The proposed legislation creates a serious risk that such cases will be transferred from the civilian to the military justice system, which lacks independence and has a very poor record investigating human rights violations” (HRW: 2015, p. 167).

⁴ Ver denuncias en <https://www.hrw.org/es/americas/colombia>

manifestación en 2011. Ya en septiembre de 2015 el relator especial sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación de AI pidió a las autoridades que pusieran fin al uso de tribunales militares para juzgar casos de violaciones de derechos humanos. HRW también advirtió en el mismo sentido que Chile, a pesar de la reforma adelantada durante al gobierno de Sebastián Piñera en 2010, mantiene el uso de la justicia militar para investigar casos que involucran a Carabineros.⁵ También, a partir de información brindada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), HRW afirma que la mayoría de los expedientes relacionados con violaciones a los derechos humanos por parte de carabineros a civiles, son desestimados por las cortes militares garantizando la impunidad. Para dicha organización, esta justicia se caracteriza por la poca independencia para investigar, por no cumplir con las garantías de un proceso criminal ordinario, por mantener las investigaciones en secreto y por otorgar pocas oportunidades a los abogados defensores y abogadas defensoras para interrogar a testigos (HRW: 2015). En ese sentido es ejemplificador el último informe del INDH (2018) en el cual se denuncia la situación de exmilitares condenados por delitos de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos, que fueron beneficiados recientemente con libertad condicional, pese a que no esgrimían razones de salud para ello. Esto no solo favorece un clima de impunidad, sino que contradice las garantías de no repetición. Para comprender el mantenimiento de un sistema penal propio de un estado de excepción es necesario analizar estos hechos en un contexto político, económico y social actual en el cual la manipulación de las crisis resulta ser una herramienta fundamental en la estabilidad del sistema democrático, aplicando medidas de excepción cuando la población se encuentra en estado de *shock*, tal como lo investigó y acuñó Naomi Klein para el caso de Chile (2008), mientras se favorece a los militares con rebajas de penas, libertad condicional y un fuero penal militar que les beneficia; por otro lado, se violan las garantías de debido proceso a las personas acusadas de terrorismo por ejemplo, las comunidades mapuche y personas anarquistas (esto es muy importante para el caso chileno y es objeto de investigación actualmente por parte de la autora).

Luego, para el caso de Argentina si bien en ese país no existe la justicia penal militar, sí permanecen algunas prácticas de excepcionalidad en la actuación de los organismos de seguridad, particularmente en la policía. Los funcionarios policiales utilizan constantemente para su autorregulación la herramienta conocida como Órdenes del Día. Estas órdenes suelen ser normas legisladas por el propio personal policial sin pasar por otro tipo de control. En 2015, un fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (TSJ)⁶ justifica las detenciones en la vía pública para la averiguación de identidad, utilizando como antecedente jurídico el Decreto Ley 333/58 que refiere a la existencia de ciertas ‘facultades implícitas’ de la Policía Federal Argentina (PFA) con el objetivo de mantener la seguridad. Dentro de esas facultades (no explícitas pues quedan a la disposición del organismo de seguridad) estarían entre otras, demorar a una persona por averiguación de identidad y la requisita de vehículos en vía pública sin orden judicial. El fallo significa entonces la aprobación para que la PFA se regule a sí misma recurriendo a las interpretaciones de sus

⁵ Carabineros es el nombre que tiene en Chile la policía uniformada creada en 1927 a partir de la fusión de la Policía Fiscal con el cuerpo de Carabineros que eran las instituciones policiales existentes hasta la fecha, su nombre deriva de los cuerpos de caballería que portaban un arma denominada carabina. Entre sus funciones se encuentran el combate a la delincuencia, la defensa de la soberanía nacional, rescates en zonas inaccesibles, socorro y ayuda durante catástrofes naturales, velar por la seguridad en eventos masivos, resguardar y restablecer el orden público, resguardar el cumplimiento de las normas de tránsito entre otras. (Carabineros de Chile: n.d.).

⁶ Fallo TSJ “Vera, Lucas Abel”, expediente N° 11835/15, 23 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.tsjbaires.gov.ar/>

mismos funcionarios sobre cada situación particular, esta facultad de autocontrol se refleja claramente en el uso de las Órdenes del Día:

“Históricamente la policía, para institucionalizar su auto-regulación, recurrió a las llamadas ‘órdenes del día policiales’ (conocidas como ODI). Estas órdenes contienen -además de la publicación de leyes, decretos y disposiciones operativas- reglamentaciones internas dictadas por el propio jefe de la PFA, que establecen normas de actuación y procedimiento, regulaciones de la ley orgánica y de otras leyes o decretos. En muchos casos, a través de estas regulaciones es directamente el jefe de la policía quien legisla. El contenido de estos reglamentos no atraviesa ningún proceso de control ni es dado a publicidad. Con el tiempo se transforman en prácticas policiales consolidadas. En muchos casos se regulan áreas de la actuación policial críticas en materia de derechos humanos. (...) La potestad del jefe de policía de dictar disposiciones generales sobre estas materias va conformando y alimentando un derecho policial por encima de las normas legales y constitucionales, aun cuando la norma parezca que no tiene contenido relevante” (CELS: Julio 2016).

En un contexto global que exige la prevención de las amenazas y la normalización de aquellas personas peligrosas, nuestros países latinoamericanos también se caracterizan por tener un fuerte sistema presidencialista que favorece la toma de decisiones de tipo excepcional. Varias de las medidas contrarias a los derechos humanos son tomadas utilizando diferentes herramientas del ejecutivo, como la facultad de dictar el estado de sitio, aprobar Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU), la firma de leyes por decreto presidencial, entre otros mecanismos de corte decisionista del poder ejecutivo a través de los cuales ejerce su facultad soberana de conjugar la crisis. Acerca de la marcada tendencia hacia las políticas de corte decisionista de los sistemas presidencialistas en América Latina, el politólogo Leiras establece que, durante los últimos años del s. XX hasta la actualidad, nuestras democracias delegativas se caracterizaron por cumplir un esquema favorable a la toma de decisiones por parte del Ejecutivo trayendo como consecuencia la retroalimentación constante del ciclo crisis-decisión-nueva crisis. Ese esquema decisionista presenta los siguientes momentos según Leiras:

a. Legitimidad de origen con anclaje en situaciones de derrumbe o emergencia y convertida en argumento, de salvamento primero y refundacional luego, del estado y la sociedad.

b. Modificación de la estructura constitucional acorde con una nueva 'razón de estado': la gobernabilidad.

c. Reforzamiento de los poderes presidenciales, definición explícita o implícita de una 'doctrina de necesidad y urgencia' y utilización de recursos como los decretos de necesidad y urgencia, en tanto principal expresión de la decisión política.

d. Debilitamiento del rol de las instituciones parlamentarias, de las diferentes instancias de control de los actos administrativos de gobierno y de los procesos deliberativos de decisión política.

Tal como lo definiera el autor italiano Giorgio Agamben, lo excepcional ha devenido norma (Agamben, 2004 citado en Baldioli y Leiras: 2010a), estableciéndose de hecho una situación de emergencia permanente (Botana,

2004; Quiroga, 2005 citados en Baldioli y Leiras: 2010a) que viene a constituir la regla de funcionamiento de la democracia argentina en particular y en la región de manera general” (Baldioli y Leiras: 2010a, p. 50-51).

En ese mismo trabajo, Leiras analiza el uso constante de los DNU en Argentina durante las presidencias de Menem y Néstor Kirchner, decretos a favor de la decisión presidencial en detrimento de los controles parlamentarios y constitucionales. El uso de esta herramienta también muestra cómo la legislación permite construir y afianzar un estado de excepción, en este caso, a partir del uso de las facultades decisionistas del poder ejecutivo. Durante el gobierno de Menem se dictaron más DNU que a lo largo de la historia constitucional argentina⁷, además fue constante el uso del veto presidencial en ese mismo período, Menem vetó 109 iniciativas legislativas (Baldioli y Leiras: 2010a, p.61). Néstor Kirchner también hizo un amplio uso de los DNU, entre 2003 y 2007 firmó 236 decretos y Cristina Fernández de Kirchner es quien tiene menos incidencia en el uso de ese mecanismo, entre 2007 y 2011 utilizó 29 veces esa herramienta (García: diciembre 2015). Los DNU son un mecanismo considerado como excepcional pues implican dictar normas sin la aprobación del Congreso⁸, aunque estos DNU deben ser aprobados posteriormente por la Comisión Bicameral especial del Congreso.

Sin embargo, como se puede apreciar en los datos citados anteriormente, pareciera recurrente el uso de los DNU, por lo que puede categorizarse como una herramienta convencional de gobernabilidad. La tendencia a su uso continúa actualmente durante la presidencia de Mauricio Macri quien, hasta enero de 2016, ya llevaba cinco DNU firmados a tan solo un mes frente a la presidencia. En algunos casos, no existía una real urgencia para su uso y, además, Macri emitió disposiciones legislativas en materia penal lo cual está expresamente prohibido por la Constitución, como en el caso del DNU 62 de 2019 que aprobó la extinción de dominio. Con este último DNU, Macri acumuló 48 DNU hasta enero de 2019 (Tarricone: Enero, 2019). En el uso constante de los DNU en Argentina se advierte un ejercicio de la función presidencial cuyo sustento es invocar permanentemente razones de emergencia para resolver alguna crisis de gobernabilidad específica. Si bien este estilo decisionista en varios momentos funcionó con ese objetivo, el uso constante trae aparejada su propia limitación: siendo que la fuente de legitimidad de esta herramienta es la figura presidencial, resulta imposible establecer cambios democráticos más profundos que puedan institucionalizarse y permitan salir del ciclo crisis-decisión- nueva crisis, por lo cual el contexto de urgencia está acechando permanentemente. En este sentido, vale recordar la definición de Schmitt respecto de la decisión soberana en contextos de urgencia: “El último fundamento de toda la existencia del derecho y de todo valor jurídico se puede encontrar en un acto de voluntad, en una

⁷ “Entre julio de 1989 y agosto de 1998 el ex-presidente firmó 472 decretos de necesidad y urgencia, correspondiendo 336 de los mismos a la primera etapa presidencial, entre julio de 1989 y julio de 1995” (Ferreira Rubio y Goretti: 1996, citado por Baldioli y Leiras: 2010b, p.61).

⁸ La excepcionalidad está establecida en la CN Argentina: “3. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara” (Const.,1994, art.99).

decisión que, como tal, crea derecho, y cuya fuerza jurídica no puede ser deducida de la supuesta fuerza jurídica de unas reglas de decisión; puesto que también una decisión que no se corresponde con una regla crea derecho (...)" (Schmitt, C.: 1996, p.27).

En el uso de estas herramientas jurídicas excepcionales como los DNU y, en la aprobación de normas contradictorias con los derechos humanos, propias de un contexto de crisis (como la ley de fuero penal militar), es posible entrever cómo los sistemas democráticos de los países analizados van consolidando un estado de excepción permanente a través de la legislación. En este punto vale recordar la idea schmittiana acerca de que el orden jurídico reposa sobre una decisión y no sobre la norma en sí, es decir, la legitimidad proviene de la decisión política del soberano y la legalidad del ordenamiento jurídico deriva de esa decisión. Esta tesis va de la mano con el fuerte presidencialismo característico de la mayoría de los países latinoamericanos, por lo menos en los utilizados en esta investigación, Argentina, Colombia y Chile. El presidencialismo requiere de herramientas jurídicas excepcionales para mantener su legitimidad y superar las crisis. Al mismo tiempo, considerando que el control de la vida biológica por parte del poder soberano es uno de los rasgos distintivos del funcionamiento de los estados modernos, se puede afirmar también que las normas excepcionales se convierten en regla para permitir el desarrollo del biopoder. El objetivo de este sería es la administración de la vida y el desarrollo de una tecnología de los cuerpos ubicados en procesos biológicos de conjunto, el control del cuerpo individual y el cuerpo de las poblaciones en palabras de Foucault.

Los dispositivos de seguridad y el control poblacional, la producción de nuda vida a través de las leyes

Agamben afirma que, en la actualidad, estamos presenciando el paso de un estado de derecho a un estado de seguridad cuyas características son: "Mantenimiento de un estado de miedo generalizado, despolitización de los ciudadanos, renuncia a toda certeza del derecho" (mayo, 2016). A su vez, las razones de seguridad características de ese estado moderno han reemplazado a la anterior "razón de estado". Según Agamben, aquellas implican la exacerbada aparición de medidas de control aumentando el miedo y la falta de certeza en el derecho. De esta manera, el desarrollo de los dispositivos de seguridad redundan en el control poblacional pues estos funcionan como un conjunto de prácticas y procedimientos para integrar la vida biológica de los individuos y de las poblaciones al poder soberano, vida biológica entendida en términos de nuda vida, desprovista de toda cualificación. En este apartado se pretende desarrollar la forma como las legislaciones y ciertas técnicas de gobierno construyen constantemente esa nuda vida, tomando ejemplos de Chile, Argentina y Colombia.

Es común encontrar en la mayoría de las medidas securitarias analizadas, una ampliación desproporcionada en la cantidad de sujetos a los que van dirigidas. Esto tiene sentido en el contexto de un estado de seguridad: "Al Estado de seguridad le interesa que los ciudadanos —cuya protección debe asegurar— permanezcan en la incertidumbre sobre aquello que los amenaza, porque la incertidumbre y el terror van de la mano" (Agamben: febrero 2015).

En esa dirección van encaminadas las políticas y leyes ampliando los sujetos de aplicación, y mostrando cada vez más indefinición respecto del tipo penal con la posibilidad de ser aplicadas en contextos muy diversos. Tal es el caso de la llamada "detención preventiva" en Colombia, implementada constantemente durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez en el desarrollo de su política de seguridad democrática y también por los gobiernos posteriores. Esta medida está

amparada en la Sentencia C-024 de 1994 de la Corte Constitucional (CC) en la cual se establece la posibilidad de que la policía detenga personas sin una orden judicial en dos casos, en flagrancia y como una medida de detención preventiva. Si bien la CC estableció en la misma sentencia límites para la aplicación de la detención preventiva⁹, esta ha sido utilizada constantemente por la administración para realizar detenciones masivas e indiscriminadas en todo el territorio. Estas prácticas han sido denunciadas constantemente por organismos de derechos humanos porque consideran a la detención preventiva como un mecanismo discriminatorio aplicado contra líderes sociales, organizaciones sindicales, defensores y defensoras de derechos humanos y generalmente, en medio de movilizaciones sociales que significan un reto para la seguridad. Uno de los más importantes antecedentes en este sentido se presentó en el 2013 en medio del llamado Paro Nacional, Agrario y Popular realizado a lo largo de 12 días a través de marchas, bloqueos de vías y protestas en todo el territorio colombiano. En ese marco se produjeron 262 detenciones arbitrarias amparadas en la flagrancia y en la detención por sospecha, se presentaron 660 casos de violaciones a los derechos humanos, 12 muertos y 52 casos de hostigamiento y amenazas contra los líderes de las protestas (MIA: 2013).

El uso de la detención por sospecha como mecanismo para prevenir la delincuencia también se puede ver en el caso de Chile. En este caso es llamado “control de identidad preventivo”, aprobado en mayo de 2016 por el Congreso de ese país. Durante el 2019 se ha renovado la discusión respecto de este mecanismo pues el actual presidente Piñera envió un proyecto de ley para aplicar dichos controles a menores de 14 años, aunque la ley lo permite desde los 16 años. Anteriormente, durante la dictadura de Pinochet, ya funcionaba un mecanismo de este estilo conocido como la detención por sospecha, derogado en la década de los noventa por las críticas recibidas acerca de la arbitrariedad de la que estaba imbuida. Sin embargo, resabios de esa herramienta se pueden encontrar en el actual control de identidad incluido en la llamada “agenda corta antidelincuencia” que cuenta con otros procedimientos legales con el objetivo de prevenir el delito. El control de identidad implica, entre otras cosas, la facultad de Carabineros para realizar controles preventivos de identidad en la vía pública y en espacios privados de acceso público (como cines y teatros) y, en caso de no contar con una identificación, la persona puede ser detenida de forma preventiva por un máximo de 4 hrs. Es visible que este mecanismo es propio de un contexto de crisis y, sin embargo, fue aprobado por el parlamento para ser aplicado de forma permanente e irrestricta. Implica también la posibilidad de requerir identidad y en último caso, detener (aunque sean solo 4 hrs) a cualquier persona que requiera la policía sin importar si dicha persona implica un riesgo evidente para la seguridad. El nuevo control preventivo de identidad:

“...agrega que si la persona se niega a acreditar su identidad o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía podrá conducirlo a la unidad policial más cercana para fines de identificación. Este procedimiento podrá tener una duración de 4 horas para los mayores de 18 años y 1 hora para los menores de edad que tengan más de 14 años. La novedad consiste, entonces, en que carabineros podrá

⁹ Los límites establecidos por la CC en la sentencia son: i) que la decisión esté sustentada en razones objetivas y no en motivos infundados, ii) que sea una medida necesaria por urgencia o peligro, iii) el objetivo debe ser identificar a la persona o comprobar los hechos que llevaron a la detención, iv) no puede exceder el límite de las 36 hrs, v) debe ser proporcionada, vi) contra la decisión es procedente la medida de *habeas corpus*, vii) no puede violar el principio de igualdad, viii) deben ser respetados los derechos de la persona detenida y ix) su regulación es de estricta reserva legal. (Colombia, CC: 1994)

pedir la identificación a cualquier persona sin que exista indicio alguno de delito y eventualmente conducirlo a una comisaría” (Puelma, F.: 2016).

Para sumar a la arbitrariedad de la medida, vale anotar que el control de identidad ya es una herramienta utilizada ampliamente por Carabineros en Chile, especialmente en contextos de movilización social. Esta figura es regulada por el artículo 85 del Código Procesal Penal que, si bien establece algo similar a lo aprobado en la llamada agenda corta antidelincuencia, en aquel artículo el control se debía realizar solo si existían indicios de que la persona estuviera intentando cometer un delito, que se dispusiera a cometerlo, que pudiese suministrar información útil para indagación de un crimen o en caso de que la persona se encapuche para ocultar, dificultar o disimular su identidad. En la nueva ley, sin perjuicio de lo estipulado en el artículo 85 citado anteriormente, los funcionarios policiales podrán controlar la identidad de cualquier persona mayor de 16 años (aunque el actual presidente reavivó el debate respecto de la aplicación a menores de 16 años) en vías, lugares públicos o privados de acceso público sin que medie la sospecha de que pudiera cometer algún delito. La UNICEF expidió una declaración en la cual alerta acerca de la vulneración a los derechos de la infancia que implica el control preventivo de identidad a partir de los 14 años, pues esto “...contraviene los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y de otros tratados internacionales suscritos por Chile, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos” (UNICEF: 2019).

Se muestra entonces como se exacerban las medidas de control “preventivo” en contextos de democracia. Si ya el art. 85 en Chile era utilizado de forma arbitraria por parte de la policía en movilizaciones populares, esta nueva ley otorga mayor amplitud a carabineros para ejercer su función represiva o, para ponerlo en términos de Esposito, la función inmunológica. Esto fue advertido en 2015 por el INDH en su informe anual: “Otro ámbito de la violencia institucional se refiere a la represión de las manifestaciones sociales y, en esos contextos, la presencia de prácticas policiales que no siempre se ajustan a estándares internacionales de derechos humanos.” Son constantes las denuncias acerca del uso, por parte de Carabineros, de las herramientas judiciales para reprimir manifestaciones y encarcelar a quienes protestan basándose, más que en hechos puntuales, en los prejuicios y posturas políticas acerca de las personas que conforman, en este caso, el movimiento estudiantil. Acerca del uso indiscriminado de las herramientas policiales en contextos de movilizaciones estudiantiles, uso excesivo de la fuerza que no se presenta en otros contextos, el Sr. Maina Kiai, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, planteó:

“La policía ha justificado la dispersión de protestas y el recurso a la fuerza esgrimiendo la presencia de individuos perturbadores en la periferia de tales manifestaciones. Quiero ser muy claro: la policía tiene el deber de distinguir entre manifestantes pacíficos y agentes provocadores. La presencia de unas pocas personas que cometen actos de violencia dentro y alrededor de una protesta no autoriza a la policía para etiquetar como violenta a la manifestación completa” (INDH: 2015, p. 11-12).

Las advertencias respecto de estas herramientas; la detención preventiva en Colombia y el control de identidad en Chile, van encaminadas a los mismos puntos: el uso de éstas depende de la decisión particular de la policía en ese momento y no guarda relación con pautas claramente identificables en la norma. De esta manera, ciertos sectores de la población quedan a merced de la

arbitrariedad de las autoridades, ellas pueden establecer en casos particulares quienes son o no un peligro en potencia para la sociedad y, por supuesto, como lo advierten varios estudios en relación con Chile¹⁰ se es delincuente por cara, la policía suele recurrir a los estereotipos para identificar al potencial delincuente. El abogado Rodrigo Román, por su parte, añade que el Control Preventivo de Identidad “es una disposición que se enmarca dentro del contexto de criminalización de la pobreza, puesto que las policías se van a valer de esta herramienta para perturbar fundamentalmente al pueblo pobre” (citado por Labbé Yáñez, D.: junio 2016). En la misma nota periodística, *Detención sin sospecha: La discriminación y el abuso que legitimará el Control Preventivo de Identidad*, Labbé Yáñez explica: “el argumento más sostenido entre quienes se oponen al Control Preventivo de Identidad es su calidad discrecional y la puerta que abriría a actos de discriminación por parte de las policías, considerando que quedará a su criterio la selección de quienes serán sometidos a la fiscalización” (Junio: 2016).

Tanto en Chile como en Colombia y Argentina, hay constantes denuncias respecto de la actuación discriminatoria de la policía a partir de ciertos prejuicios y perfiles delictivos. Las fuerzas de seguridad aplican el control de identidad preventivo no tanto como política de seguridad sino como estrategia de control biopolítico. El CELS en Argentina plantea precisamente la poca eficacia del control de identidad en relación con la administración del delito, su utilidad estaría en el control poblacional y de administración territorial (CELS: Enero, 2016). En Argentina un antecedente fundamental respecto de las detenciones arbitrarias es el caso de Walter Bulacio¹¹. La Corte IDH estableció en la sentencia del 18 de septiembre de 2003 del caso Bulacio vs. Argentina la culpabilidad del estado argentino por haber violado el derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad ambulatoria de Walter Bulacio y lo obligó a revisar y adecuar la legislación y las normas de todas las policías del país para limitar al máximo los márgenes de discrecionalidad policial. La Corte reconoce la obligación del Estado de garantizar la seguridad y el orden público y, seguidamente, afirma que dicha propiedad no es ilimitada y que su actuación debe estar condicionada por el respeto a los derechos fundamentales de quienes se supone son sus protegidos, por lo cual debe establecer procedimientos conforme a derecho. También afirma en el mismo fallo: “...nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)” (Corte IDH: 2003, numeral 125).

A pesar de lo fundamentado por la Corte, la actuación de las fuerzas policiales en Argentina recurre aún a estereotipos y creencias fundadas acerca de quiénes son potenciales delinquentes. El fallo del TSJ respecto de la detención realizada a Lucas Vera, fallo citado en el apartado anterior, implicó una cobertura legal a la práctica policial de pedir identificación a cualquier persona y, en caso de negarla o no tenerla, poder trasladarla a un centro de reclusión. En este caso, el TSJ facultó a la

¹⁰Algunos estudios e informes acerca de la construcción de los perfiles delictivos y su relación con las políticas de seguridad en Chile, Colombia y Argentina: En Chile: Cornejo T. y González C. (2007) *Justicia, poder y sociedad en Chile: recorridos históricos*. León León, M.A. (2015) *Construyendo un sujeto criminal*. INDH, informes varios acerca de violaciones a derechos humanos. Observatorio Social Penitenciario, informes varios. En Colombia: Rotker, S. (Ed.) (2000) *Ciudadanas del miedo*. Sánchez, G. y Meertens, D. (1998) *Bandoleros, gamonales y campesinos: el caso de la violencia en Colombia*. CAJAR, informes varios. En Argentina: Kessler, J. (2009) *El sentimiento de la inseguridad: sociología del temor al delito*. Sain, M.F. (2002) *Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en Argentina*. CELS, informes varios. CORREPI, informes varios.

¹¹ “El 26 de abril de 1991 murió Walter Bulacio, una semana después de haber sido detenido en un recital de rock y golpeado por efectivos de la Comisaría 35° de la Policía Federal, encabezados por el comisario Miguel Ángel Espósito. Walter había sido víctima de una razzia, una detención masiva y arbitraria de jóvenes a quienes la policía consideró ‘sospechosos’. Esta práctica policial y las detenciones por averiguación de antecedentes son usualmente justificadas como parte de la ‘prevención policial.’” (CELS: Julio 2016)

policía para requerir documento a cualquier persona, aunque no haya razón objetiva para hacerlo reviviendo de este modo, el decreto reglamentario 6580/58 de la Ley Orgánica para la Policía Federal Argentina que reconoce la existencia de “facultades implícitas”:

“(…) los jueces del TSJ omitieron definir qué ocurriría en el caso en que la persona detenida no lleve su documento de identidad. La admisión indirecta de una detención en esos contextos y el silencio en cuanto a las posibles consecuencias de no portar documentación que acredite la identidad del detenido, facilitan que la policía sea la que vaya generando sus propias regulaciones. En definitiva, los jueces dieron prevalencia a una interpretación originalista y literal del decreto que regula la actuación de la Policía Federal por encima de las normas constitucionales y legales como la ley 23.950. Los límites y condiciones que intenta introducir son controles ex post que no sirven para prevenir arbitrariedades policiales, además de que serán imposibles de plantear para cualquier defensa que pretenda argumentar que la detención fue discriminatoria o arbitraria” (CELS: julio 2016).

Los casos de detenciones arbitrarias en Argentina, Chile y Colombia, los países tomados como caso tipo para este artículo, han mostrado que las políticas de seguridad van encaminadas a cierto tipo de población identificada como un riesgo para la sociedad. A 28 años de la muerte de W. Bulacio, el CELS afirma que las redadas policiales siguen siendo una práctica común de las fuerzas policiales y tiene como objetivo a los jóvenes de barrios pobres. También continúan vigentes leyes, códigos contravencionales y regulaciones policiales (como las Órdenes del Día) que, a pesar de su bajo nivel normativo y de las advertencias de la Corte IDH respecto de su uso, son ampliamente utilizadas para justificar las prácticas arbitrarias de las fuerzas de seguridad (CELS: Julio 2016). En mayo de 2019 la organización CORREPI denunció 26 muertes por el llamado gatillo fácil (asesinatos de civiles por parte de las agencias del estado) o en lugares de detención sin alguna explicación fehaciente por parte del estado, dentro de esas 26 muertes denuncian lo ocurrido en San Miguel del Monte donde un vehículo policial persiguió a un auto en el que viajaban dos niños (13 y 14 años), una niña (13 años) y un joven de 22 años, disparó hacia el auto y causó el choque del mismo contra un camión causando la muerte de tres de las cuatro personas que iban dentro del auto, “Según informaron las autoridades del Ministerio Público Fiscal de la Provincia, el accionar policial no respetó ninguno de los principios sobre el uso racional y proporcional de las armas de fuego. Por otra parte, según información publicada en diferentes medios de comunicación habrían ocurrido maniobras de encubrimiento e intentos de desviar la investigación por parte de los efectivos policiales involucrados en estos hechos, y de quienes se encontraban en servicio en la Comisaría de San Miguel del Monte” (CELS: mayo 2019).

Estas herramientas de control son útiles para modificar y afinar el ejercicio de la fuerza en pos de la seguridad y el control poblacional, como afirma Zaffaroni juez de la Corte IDH:

“Nuestra doctrina penal debe reconocer diversos fenómenos del poder punitivo real en nuestra sociedad, sea para contenerlos, tratar de desbaratarlos o tener en cuenta sus efectos. Entre ellos, no puede pasar sin advertir, por ejemplo, la altísima selectividad del poder punitivo, los prejuicios clasistas y racistas que lo determinan, la sobrepoblación y el deterioro carcelario, la sobrerrepresentación prisional de los sectores más humildes, el efecto

reproductor de la prisionización, la falta de asistencia posliberacional, el predominio de presos sin condena, la desmonopolización del uso de la fuerza (sea por grupos armados ilegales o por privatización), la autonomización de las policías, la existencia de cajas o fuentes de recaudación autónoma, la letalidad policial y su efecto expansivo, la estigmatización de adolescentes de barrios precarios, la tortura, las falsas soluciones a los problemas sociales, (...).

Nuestros adolescentes de barrios precarios (...) son los *chivos expiatorios*, a los que los postulantes de la sociedad excluyente quieren controlar masacrándolos, previa estigmatización estereotipada” (Zaffaroni: 2015, p.230 y 238).

Conclusiones

Como se analizó a lo largo del artículo, en algunos casos la excepción ya se encuentra estipulada en los cuerpos legislativos y se fortalece con la actuación de los aparatos de seguridad. Así, se expusieron algunos ejemplos de leyes que, en su texto, implican violaciones a los derechos humanos como la justicia penal militar en Colombia y en Chile, el funcionamiento de las órdenes del día en Argentina, y el uso del ejecutivo argentino de Decretos de Necesidad y Urgencia, aun cuando es posible utilizar otras herramientas jurídicas cuyas características no responderían a un estado de excepción. También, siguiendo al jurista Uprimny Yepes, se estudiaron normas que implican excepcionalidad por su contexto de aplicación más no en el texto. Tal es el caso de la detención preventiva en Colombia y el control de identidad preventivo en Chile y Argentina. Estas herramientas implican la discrecionalidad por parte de las autoridades policiales por lo cual dejan un espacio vacío del derecho donde son posibles abusos de autoridad y violaciones a los derechos.

También, se identificó una ampliación desmedida del estatismo securitario lo cual imposibilita el desarrollo de una vida política, una vida cualificada. Para Agamben, la *nuda vida* no puede ser la base de la democracia por lo cual hace falta luchar contra las leyes antiterroristas y, en general contra las leyes que, buscando garantizar la seguridad, limitan el desarrollo de la ciudadanía. La paradójica relación entre democracia, *nuda vida* y seguridad se ve reflejada en los textos de las normas y en la aplicación de las leyes esto podría ser el reflejo del enfrentamiento entre dos ideas base de los estados modernos: la protección de los derechos de la ciudadanía a partir de la limitación de esos mismos derechos para otra parte de la población. Es decir, según las ideas de Agamben los estados nación hacen una diferenciación entre un tipo de vida que debe ser protegida por tener un valor real (la ciudadanía) y una *nuda vida* que carece de valor político y jurídico (la delincuencia). Esta *nuda vida* es el objeto de intervención de la legislación de emergencia, leyes para mantener al margen a quienes están fuera del orden establecido. Las leyes, como expresión del poder soberano, construyen un sujeto delincencial, moldean los cuerpos para que estos sean dóciles y aporten al proyecto estatal, son el mecanismo preferido del estado para intervenir en los cuerpos individuales y en el cuerpo de la población, tomando la vida biológica como el centro de control. El estado de excepción es una estructura pilar en el funcionamiento del derecho que incluye en su interior al viviente a través de la propia suspensión del derecho. Así, la permanencia de la matriz biopolítica, fundamental para el estado moderno, es garantizada a través del constante recurso de la seguridad y la excepcionalidad. Entonces:

“...la seguridad que está en cuestión hoy no apunta a prevenir los actos de terrorismo (lo cual es, por lo demás, extremadamente difícil, si no imposible, porque las medidas de

seguridad sólo son eficaces después del golpe, y el terrorismo es, por definición, una serie de primeros golpes), sino a establecer una nueva relación con los hombres, que es la de un control generalizado y sin límites” (Agamben: mayo 2016).

Bibliografía

- Agamben, G. (2001) *Medios sin fin. Notas sobre la política*, Valencia: Pre-Textos.
- (2002). *Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida*, Madrid: Editora Nacional.
- (2005) *Profanaciones*, Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.
- (enero 2007) “¿Qué es un campo?” Disponible en <https://laliebrelibre.wordpress.com/2007/01/05/agamben/> (última consulta: junio 24, 2019).
- (2008) *El reino y la gloria*, Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.
- (2010) *Estado de excepción. Homo sacer, II, 1*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.
- (2015) De: “Los franceses tienen que luchar contra el proyecto de una enésima ley antiterrorista” Entrevista. Disponible en <http://www.elbarrioantiguo.com/giorgio-agamben-los-franceses-tienen-que-luchar-contra-el-proyecto-de-una-enesima-ley-antiterrorista/> (realizada en el mes de febrero).
- (2016) “Del estado de derecho al estado de seguridad” [Mensaje de blog]. Disponible en <https://artilleriainmanente.noblogs.org/post/2016/05/26/giorgio-agamben-del-estado-de-derecho-al-estado-de-seguridad/> (mayo) (última consulta: junio 24, 2019).
- (2017) *El uso de los cuerpos*, Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.
- Amnistía Internacional (AI) (2016) *Informe 2015/2016 Amnistía Internacional. La situación de los derechos humanos en el mundo*. Reino Unido: Amnistía Internacional.
- Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (1958) *Ley orgánica para la policía federal. Decreto-Ley N°333*. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20983/norma.htm> (última consulta: junio 27 de 2019)
- Argentina, Constitución Nacional (1994) varias ediciones.
- Argentina, Tribunal Superior de Justicia (2015). Fallo “Vera, Lucas Abel”, expediente N°11835/15, 23 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.tsjbaires.gov.ar/>
- Baldioli, A. y Leiras, S. (2010a) Democracia, estado de excepción y decisionismo político consideraciones y conceptos. En, Leiras, S. *Estado de excepción y democracia en América Latina. Argentina, Brasil, Perú y Venezuela en perspectiva comparada*. Rosario: Homo Sapiens ediciones.
- (2010b) Argentina en la década de la decisión política. El liderazgo neodecisionista de Carlos Saúl Menem (1989-1999) En, Leiras, S. *Estado de excepción y democracia en*

América Latina. Argentina, Brasil, Perú y Venezuela en perspectiva comparada. Rosario: Homo Sapiens ediciones.

Campana M. & Giavedoni J.G. (Comp.) (2018) Estado, gobierno y gubernamentalidad. Neoliberalismo y estado de excepción en Nuestramérica. Rosario: Pegues.

Chile, Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH. (2015) *Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe anual 2012.* Santiago: Andros Impresores.

----- (2016) *Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe anual 2012.* Santiago: Andros Impresores.

----- (2017) *Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe anual 2013.* Santiago: Andros Impresores.

----- (2018) *Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe anual 2013.* Santiago: Andros Impresores.

Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS (enero 2016) *Un fallo que habilita la autoregulación y la discriminación policial.* Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/2016/01/un-fallo-que-habilita-la-auto-regulacion-y-la-discriminacion-policial/> (última consulta: junio 27 de 2019).

----- (abril 2016) *Límites al derecho a la protesta social.* Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/2016/02/limites-al-derecho-a-la-protesta/> (última consulta: junio 29 de 2019).

----- (julio 2016) *A 25 años de la muerte de Walter Bulacio: las detenciones policiales arbitrarias como políticas de seguridad.* Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/2016/04/a-25-anos-de-la-muerte-de-walter-bulacio-las-detenciones-policiales-arbitrarias-como-politicas-de-seguridad/> (última consulta: junio 27, 2019).

----- (2019) *San Miguel del Monte: los funcionarios políticos son responsables de las muertes.*

Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/2019/05/san-miguel-del-monte-los-funcionarios-politicos-son-responsables-de-las-muertes/> (mayo) (última consulta: junio 27, 2019).

Colombia, Constitución Política (CP) (1991) Varias ediciones.

Colombia, Corte Constitucional (CC) (1994) *Sentencia N° C-024/94.* Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-024-94.htm> (última consulta: junio 27, 2019).

----- (2000) *Sentencia C-392/00.* Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-392-00.htm> (última consulta: junio 24, 2019)

Colprensa (2016) Ampliación del fuero militar conduce a la impunidad: Magistrado. *El*

Colombiano. Disponible en: <http://www.elcolombiano.com/colombia/paz-y-derechos> (febrero).

[humanos/ampliacion-del-fuero-militar-conduce-a-la-impunidad-magistrado-KC3675815](#) (última consulta: junio 24, 2019).

Coordinadora contra la represión policial e institucional (CORREPI) (mayo 2019) *Doctrina Bullrich: en mayo, más muertes que días*. www.correpi.org/2019/doctrina-bullrich-en-mayo-mas-muertes-que-dias/ (última consulta, junio 24, 2019).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) (2003) *Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003*. Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf (última consulta: junio 24, 2019).

Derrida, J. (2002) *Fuerza de ley. El "fundamento místico de la autoridad"*, Madrid: Editorial Tecnos.

----- (2004) Autoinmunidad: Suicidios simbólicos y reales. En Borradori, G., (2004) *La filosofía en una época de terror. Diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*, Buenos Aires: Taurus

Dorlin, E. (2018) Capítulo 4. El Estado o el no-monopolio de la violencia legítima, en: *Defenderse. Una filosofía de la violencia*. Buenos Aires: Hekht Libros.

Escobar, S., Hillebrand, E., López Machín, G., Muniz, J., Ruz, M. I., Sain M. F., Sanseviero, R., Zacchi, J. M. (2005) *Seguridad ciudadana: concepciones y políticas*. Caracas: Nueva Sociedad.

Esposito, R. (2005) De: "Toda filosofía es en sí política" Entrevista por Edgardo Castro.

Disponible en http://antroposmoderno.com/antro-articulo.php?id_articulo=873 (última consulta: junio 27, 2019).

----- (2006) *Bios. Biopolítica y filosofía*, Buenos Aires: Amorrortu.

----- (2009) *Immunitas. Protección y negación de la vida*, Buenos Aires: Amorrortu.

Foucault, M. (1992) *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa Editorial.

----- (1991) *La arqueología del saber*, México: Siglo XXI Editores.

----- (2000) *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México D.F.: Siglo XXI Editores.

----- (2003) *Historia de la sexualidad. 1- La voluntad de saber*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

----- (2007) *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*, Buenos Aires: F.C.E.

----- (2011) *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, Buenos Aires: F.C.E.

García, L. (diciembre 2015) ¿Cómo utilizaron los DNU los últimos presidentes? Política Argentina. Disponible en: <http://www.politicargentina.com/notas/201512/10800-como-utilizaron-losdnu-los-ultimos-ejecutivos.html> (última consulta: junio 29, 2019)

Gross, O. y Ni Aoláin, F. (2006) *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge, Cambridge University Press.

- Human Rights Watch (HRW) (2015) *World report*, United States of America: Human Rights Watch.
- Klein, N. (2008) *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*, Argentina: Paidós.
- Labbé Yáñez, D. (junio, 2016) Detención sin sospecha: la discriminación que legitimará el Control Preventivo de Identidad. *El Ciudadano*. Disponible en: <http://www.elciudadano.cl/2016/06/04/293759/detencion-sin-sospecha-la-discriminacion-y-el-abuso-que-legitimara-el-control-preventivo-de-identidad/> (última consulta: junio 24, 2019).
- Mesa de Interlocución Agraria (MIA). (2013) *Comunicado público 002: crítica situación de derechos humanos a 21 días del paro agrario y popular*. Disponible en <http://www.oidhaco.org/uploaded/content/article/1004008101.pdf> (última consulta: junio 24, 2019).
- Naciones Unidas, UNICEF (abril, 2019). *Declaración de UNICEF frente a proyecto de ley sobre control preventivo de identidad*. Disponible en <http://www.onu.cl/es/declaracion-de-unicef-frente-a-proyecto-de-ley-sobre-control-preventivo-de-identidad/> (última consulta: junio 27, 2019)
- Puelma, F. (enero 2016) ¿Qué implica el nuevo control de identidad preventivo? *La Izquierda Diario*. Disponible en: <https://www.laizquierdadiario.cl/Que-implica-el-nuevo-control-de-identidad-preventivo> (última consulta: junio 27, 2019).
- Raffin, M. (2006) *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur de América*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- (2015a) *Estética y política en la filosofía de Giorgio Agamben*, Buenos Aires: Aurelia Rivera Libros.
- (2015b) *La noción de política en el pensamiento de Agamben, Esposito y Negri*, Buenos Aires: Aurelia Rivera Libros.
- (septiembre 2017) “La constitución del orden político en Hannah Arendt y en Giorgio Agamben: un análisis contrastivo”, En *AUFKLÄRUNG, Revista de Filosofía*, 4, 3, 135-146.
- Schmitt, C. (1996) *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid.
- Taccetta, N. (2011) *Agamben y lo político*, Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Tarricone, M. (Enero, 2019) <https://chequeado.com/el-explicador/macri-dicto-mas-dnu-por-ano-que-cfk-y-alfonsin-pero-no-lidera-el-ranking/> (última consulta: junio 24, 2019).
- Uprimny Yepes, R. (febrero, 2006) *Algunas reflexiones sobre las medidas antiterroristas en Colombia*.
- Ponencia no publicada, presentada en el Panel de Juristas Eminentes en las Audiencias en Colombia, Universidad Santo Tomás, Bogotá.
- Zaffaroni, R. (2015) El Derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo. *Passagens. Revista Internacional de Historia Política e Cultura Jurídica*, 7, (2): 182-243.

Resumen

Este artículo tiene como objetivo mostrar el funcionamiento de la figura de estado de excepción en Argentina, Chile y Colombia, tomando principalmente los desarrollos de Giorgio Agamben sobre dicho concepto. Esto se hará a través del análisis de aspectos formales de los textos jurídicos como las cuestiones materiales en relación con la aplicación de esas leyes. De este modo, se analizan cuestiones como la detención preventiva en Chile, los Decretos de Necesidad y Urgencia en Argentina y la justicia penal militar en Colombia. Se concluye, entre otras cosas, señalando que el planteamiento de esas leyes de emergencia, definidas como dispositivos de seguridad, facilita el control poblacional por parte de los estados y construyen cierto tipo de *nuda vida*. Asimismo, la intención es entrever la actualidad de las teorías biopolíticas como un marco analítico para comprender la actuación del derecho.

Palabras clave

Excepcionalidad – Dispositivos de seguridad (dispositif) – Nuda vida – Urgencia – Biopolítica

Abstract

This article aims to evince the manner the state of emergency works in Argentina, Chile and Colombia, based mainly on the work of Giorgio Agamben. The intention is both to display the formal aspects of legal texts and the material issues regarding its application. Issues such as Preventive Detention in Chile, Decrees of Need and Urgency in Argentina and Military Criminal Justice in Colombia are analyzed. It concludes, among other things, that these emergency laws, defined as security devices, supply population control by the states and build a certain type of Bare Life. Also, it aims to glimpse through biopolitical theories, considering them as valid analytical framework, the performance of law nowadays.

Keywords

Exceptionality – Security devices (dispositif) – Bare Life – Urgency – Biopolitics