

## Ausencia y desaparición en el derecho (Absence and disappearance in law)

RAMÓN SÁEZ VALCÁRCEL\*

Sáez Valcárcel, R., 2018. Ausencia y desaparición en el derecho. *Oñati Socio-legal Series* [online], 9 (2), 198-208. Received: 19-03-2018; Accepted: 04-10-2018. Available from: <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1022>



### Resumen

La desaparición forzada es consecuencia de prácticas ilegales y clandestinas acometidas por poderes punitivos desbocados, pero también la desaparición social es efecto de políticas públicas en las que el derecho interviene. En este texto indagamos cómo la ley produce ausencia y desaparición en el ámbito del derecho público y del derecho privado, con especial interés en los mecanismos que utiliza para gestionar tales situaciones, entre la representación, legal o voluntaria, y la excepción. El refugiado, el migrante indocumentado, el enemigo, son ejemplos paradigmáticos de los procesos y los dispositivos mediante los que el derecho invisibiliza y aparta ciertas subjetividades, no solo fuera del espacio público sino también de la protección del Estado, desplaza y sustituye a personas e individuos a quienes va a representar y por quienes van otros a actuar.

### Palabras clave

Derecho; ausencia; desaparición; representación; excepción

### Abstract

Forced disappearance is the consequence of illegal and clandestine practices committed by out of control punitive powers, but social disappearance is also the effect of public policies where the law intervenes. In this text we inquire how the law produces absence and disappearance in the field of public and private law, looking specifically on the mechanism the law uses to manage those situations between representation, legal or voluntary, and exception. The refugee, the undocumented migrant, the enemy, are paradigmatic examples in the processes and in the *dispositifs* through which law invisibilizes and removes some subjectivities, not only outside of public space, but also of the protection of the State; it replaces and substitutes persons and individuals that the State is going to represent and in the name of whom others are going to act.

### Key words

Law; absence; disappearance; representation; exception

\* Ramón Sáez Valcárcel es magistrado de la Audiencia Nacional, c/ García Gutiérrez s/n, 28071 Madrid.  
Dirección de email: [ramonsval@gmail.com](mailto:ramonsval@gmail.com)



**Índice / Table of contents**

1. Introducción.....	200
2. Enfrentando la ausencia.....	200
3. Produciendo ausencia y desaparición.....	201
4. Cómo el derecho gestiona la ausencia y la desaparición.....	205
Referencias.....	206

## 1. Introducción

En el ámbito del derecho hablar de ausencia y desaparición remite en primer lugar a la figura penal de la desaparición forzada, espacio de construcción de una especie de víctima singular, la del detenido desaparecido. La desaparición forzada es una categoría del derecho internacional que define una conducta criminal alrededor de tres elementos: la privación de libertad, el silencio sobre el paradero y destino de la víctima y la sustracción del individuo a la tutela del Estado y de la ley. La experiencia histórica contemporánea sitúa la desaparición forzada en la dimensión del crimen de estado, de actos acometidos por agentes de poderes punitivos que se han desembarazado de los límites que trata de imponer el derecho. Es el concepto acogido por la Declaración de Naciones Unidas (Asamblea General, resolución 47/133, 1992), pionera en la materia, por la Convención Internacional (2006) y por la Convención Interamericana (1994) sobre protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, donde el perpetrador se halla integrado en el aparato del Estado. Sin embargo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional contempla además como sujeto activo a los agentes de organizaciones políticas no estatales, lo que expande el concepto hacia otras violencias de carácter privado. En todo caso, la persona desaparecida es lanzada a la exterioridad del orden jurídico, de lo que resulta su expulsión de la comunidad de los sujetos de derecho y la atribución de una vulnerabilidad subjetiva incrementada frente a la muerte prematura. El detenido desaparecido es nuestro tipo de partida, presa de poderes estatales genocidas que niegan el hecho, lo silencian y tratan de ocultarlo; aunque el círculo familiar y social de la víctima vive la ausencia de modo constante. Ello no nos puede ocultar que la pérdida de la tutela de la ley y de la protección del Estado es un indicio que nos permite rastrear desde el derecho otras figuras de lo que hemos nombrado desaparición social (ver, en este número, Gatti *et al.* 2018): el refugiado, el migrante y el exconvicto, pero también el enemigo y el *sujeto torturable*. Para realizar ese camino es interesante desvelar de qué modo el derecho produce ausencia y desaparición, lo que realiza de manera aparentemente natural, en su funcionamiento normal, es decir dentro de los marcos legales, y de esa guisa poner de manifiesto los valores ideológicos que subyacen a la técnica jurídica y las prácticas que induce.

Como otras disciplinas de las ciencias sociales, el derecho manifiesta pánico al vacío, de ahí que se enfrente a la ausencia con respuestas que oscilan entre el rechazo, la negación y la integración. Es por ello que el derecho clásico del positivismo liberal que ha fundado la cultura de la modernidad se reconoce en el paradigma de la plenitud, aunque al mismo tiempo que regula la ausencia de la persona y la representación del que no está presente, produce ausencia y desaparición. Alrededor de esos temas, vamos a detenernos en las formas de construcción de ausencia y desaparición, intentando identificar los mecanismos de los que se vale para gestionar estas situaciones: la representación legal y voluntaria y la excepción. La víctima mujer, pero también el refugiado y el migrante, son ejemplo paradigmático de los procesos y dispositivos mediante los que el derecho invisibiliza y aparta ciertas subjetividades, desplaza y sustituye a personas e individuos a quienes va a representar y por quienes otros van a hablar.

## 2. Enfrentando la ausencia

El ordenamiento jurídico no tolera la falta ni el vacío. El derecho como técnica de regulación aspira a ordenar la complejidad social, domesticar el conflicto, absorber toda la realidad. En su versión moderna, cuyo emblema e insignia fue el código, forma de la completud y certeza que se utilizaba como modelo, el derecho se presentaba como un orden superior, unitario, jerárquico, coactivo, pleno y coherente. Este orden era el resultado de un proceso de centralización del poder y de estatalización, que había puesto fin al pluralismo jurídico y no podía aceptar el vacío o la anomia. El sistema tenía respuesta, una sola respuesta válida, para resolver todos los conflictos, según el esquema de la ideología del primer positivismo. Todo está en la ley y el intérprete nada ha de tener en cuenta fuera de ella. El juez debe

hallar la norma aplicable y desvelar su significado, no crearla; de otra manera no podría cumplir su papel de boca que pronuncia las palabras de la ley. Eran las ideas que soportaban la mitología jurídica de la modernidad (Grossi 2003, p. 58). Hasta el punto de plantearse como problema teórico el que la norma no contemplase un supuesto específico, cuestión que se ha convenido en llamar "laguna de la ley" o "vacío legal" (*gap* en derecho inglés, *lacune* o *vide* en francés y *lücke* en alemán).

Es más, demostrando la potente capacidad del razonamiento jurídico para la precisión y el matiz, se podía admitir un vacío en la ley pero nunca en el derecho, pues proporciona siempre una respuesta válida a través de los principios, de ahí que Kelsen considerase la idea como una ficción, porque siempre es lógicamente posible aplicar el ordenamiento jurídico para decidir el caso aunque el resultado fuese injusto, ficción al servicio de la necesidad de acotar el margen de apreciación del juzgador (Kelsen 1995, p. 174). Porque la ley impone al juez la obligación de decidir en todo caso ateniéndose al sistema de fuentes: la exposición de motivos del Código civil español excluye las lagunas jurídicas y el artículo 1.7 prohíbe el *non liquet*, pues el silencio, la oscuridad o la insuficiencia de la ley no son excusa para suspender el deber de fallar. El vacío (aparente) habría de ser resuelto con el método de la interpretación y el razonamiento por analogía, mecanismos de autointegración del derecho frente a posibles omisiones de la ley. La ausencia de norma era, y es, inaceptable. La anomia, una patología. Parte de esa mitología ha sido puesta en cuestión por el deterioro de la pretendida unidad ante la eclosión de un orden jurídico plural en el sistema global, una realidad que se expresa por medio de la superposición de normas y de jurisdicciones de distinto origen y extensión, de tal manera que concurren en el mismo espacio, a veces en conflicto, reglas jurídicas nacionales, regionales y mundiales, ya sean de carácter interestatal o supranacional, incluso algunas que no tienen carácter vinculante, como las denominadas *soft law*, y jurisdicciones de ámbito estatal y supraestatal, incluso de tribunales nacionales con competencia extendida para la persecución universal de ciertos crímenes (Santos 2009, p. 53).

### 3. Produciendo ausencia y desaparición

La relación entre ausencia y presencia es del orden dialéctico, según explica Henry Lefebvre, porque una situación no excluye la otra, como suele creerse. No hay presencia ni ausencia absoluta, tampoco vacío o nada en estado puro, de ahí que no se pueda entender la ausencia sin la representación: la presencia no puede presentarse a sí mismo sin representarse en la ausencia, que es la prueba del otro. La relación se da entre tres términos: la ausencia o la presencia como representante y representado, alternativa y recíprocamente, siendo la representación, en tanto práctica social y hecho del discurso, el intervalo entre ambas (Lefebvre 1983, pp. 87, 94 y 168). El derecho confirma esta relación dialéctica en varios espacios públicos, que son lugares de aparición, desde la política, la democracia y el pueblo a la ciudadanía nacional, en relación a figuras y personajes como el enemigo, los migrantes (los fenómenos migratorios transnacionales son masivos, pero afectan a individuos que sufren y mueren en el intento de atravesar las fronteras), los refugiados, las mujeres y el *sujeto torturable*, donde genera ausencia, sujetos sin derechos y sin identidad jurídica.

La democracia funciona bajo el esquema de la representación, que se sustenta simbólicamente en una serie de ficciones como la soberanía nacional, que residiría en el pueblo y de la que emanarían todos los poderes del Estado, y la participación política que se canaliza esencialmente por medio de representantes designados en elecciones periódicas por sufragio universal (así se lee en los artículos 1.2 y 23.1 de la Constitución española). Los representantes electos informan de una ausencia que se hace presente: el pueblo, la nación y la voluntad general, el otro actualizado, después de su exclusión y sustitución. Algo que teorizó con claridad Madison, uno de los padres de la República americana, modelo de democracia, en sus artículos en *The Federalist*: la representación era elemento central del nuevo sistema político que suponía "la exclusión total del pueblo, en su carácter colectivo, de toda participación"

(Hamilton, Jay y Madison 2001, p. 270). Lo que autoriza a Deleuze a afirmar que la experiencia del universal político es la de un pueblo ausente –*un peuple qui manque* (Balibar 2017, p. 30)–. Aquí resulta oportuno recordar el debate entre Schmitt y Kelsen, dos de los grandes juristas del siglo pasado, a propósito de la representación. La crítica schmittiana venía a sostener que solo el pueblo presente, es decir reunido, es pueblo, y cuando es representado es porque se halla ausente. Además, la representación solo es posible cuando la nación o el pueblo existen de modo homogéneo, tienen un interés único, normalmente expresión de un interés de clase. Pero cuando la comunidad es heterogénea, como ocurre en las sociedades divididas en clases, el parlamento no podría representar sino servir a la hegemonía de la clase dominante, porque no hay voluntad general (Schmitt 1996, p. 238). Frente a esta postura, Kelsen defendía la ficción de la representación con el propósito de anclar, y legitimar, el parlamentarismo en la soberanía popular, aunque admitía que su función era mantener en pie otra ficción, la de la libertad. La representación era una “crasa ficción” porque el parlamento representa a un sujeto ausente que solo puede manifestarse mediante los actos de aquel (Kelsen 2006, p. 96 y 196). Es la paradoja de la representación que concita una relación de delegación y la puesta en escena de alguien que toma la palabra y habla en nombre de otros, que así ocupan una posición subalterna.

Por otro lado, las mujeres han sido ejemplo de una ausencia construida mediante dispositivos jurídicos. En la ley podemos hallar los vestigios de un mecanismo de representación legal que producía ausencia, poniendo al descubierto el funcionamiento de esta técnica al servicio de la cultura hegemónica. Así, debía ser representada por el padre hasta su mayor edad y luego, si contraía matrimonio, no podía prestar consentimiento ni obligarse válidamente por sí sola, pues necesitaba la licencia del marido, su representante (artículo 1.263 del Código civil de 1889, vigente hasta 1975). Era una suerte de incapacitación jurídica que situaba a las mujeres junto a los menores, los locos y los pródigos, también ellos disminuidos o excluidos de la autonomía personal por la imposibilidad de “gobernarse por sí mismos”.

En el ámbito del derecho penal podemos rastrear otros modos de elaboración de ausencia en el contexto de paradigmas jurídicos deshumanizadores. Así, han resurgido los postulados en los se fundaba el derecho penal nazi bajo la antigua forma del enemigo, el no-ciudadano, *non person*, el que no forma parte de la comunidad ni puede reivindicar la protección del derecho. Un dispositivo que ha dado lugar a prácticas, instituciones y discursos a partir de una justificación antiliberal del poder punitivo: el paradigma del derecho penal del enemigo, cuya equivalencia en el nazismo era el derecho de autor y de la voluntad (para el que no interesaban los actos sino la personalidad del sujeto, su peligrosidad y sus intenciones). Con el enemigo ha regresado la demarcación jurídica de dos mundos, que construyen subjetividades incompatibles: los civilizados y los salvajes, humanos y subhumanos, los que tienen identidad y pertenecen y los de fuera. Los segundos habitan el espacio de la guerra sin límites, donde se da la posibilidad de un dominio absoluto. Enemigo es el terrorista, que se ha situado voluntariamente fuera de la comunidad y no puede invocar ya la tutela del derecho ni es acreedor a las garantías de la libertad. Como el desaparecido forzado, pero por decisión legal, el enemigo ha perdido la protección de la ley. Modelo de enemigo es el detenido en la guerra contra el terror, los llamados *enemy combatants* que son sustraídos a la tutela del derecho internacional y de la ley nacional, desposeídos del derecho a tener derechos, objeto de entregas informales y clandestinas entre aparatos punitivos, una vez que el centro hegemónico ha deslocalizado la tortura (véase el secuestro de personas y los vuelos de la CIA). El combatiente enemigo es otra figura del humano excedente, del individuo deshumanizado por los marcos de guerra, humano no humano o menos que humano (Butler 2010, p. 112), parecido a un nuevo sujeto de raza. Los procedimientos empleados para producir esa subjetividad revelan otra manera estatal de generar ausencia: seres caracterizados por sus rasgos físicos, su cultura y su religión, que son privados de libertad por agentes públicos, custodiados en espacios reservados y

entregados a aparatos policiales brutales –entre ellos los servicios de inteligencia en su nuevo rol de gendarmes globales– para ser interrogados y torturados. Se nos hacen visibles fugazmente en las imágenes de los fantasmas del campo de Guantánamo o de la prisión de Abu Ghraib, con monos de color butano, antifaces, inmovilizados con grilletes en muñecas y tobillos, sometidos a la mayor deprivación imaginable, material y emocional.

Lo que evoca, a su vez, al esclavo y con él la experiencia que soportaron millones de personas que fueron objeto de secuestro, detención y extrañamiento: la trata de esclavos hacia las colonias del Caribe, para alimentar el régimen económico de la plantación basado en el trabajo forzado, fue prototipo de desaparición. La posición y el lugar del esclavo descansaban también en un dispositivo jurídico. Uno de los elementos del relato político moderno es el sujeto jurídico, el sujeto-de-derechos, antecedente iusnaturalista del ciudadano, concepto central del nuevo orden que vino a reconocer a las personas y sus derechos previos, anteriores al contrato social sobre el que descansaba su libertad y el derecho de propiedad. La razón negra incapacitaba al sujeto de raza inferior, le negaba la condición de sujeto de derechos, le reducía a no-persona. Así, quedaba excluido del conjunto de derechos concedidos a los otros habitantes de la colonia, porque no era humano como los otros; ahí reside el estatuto jurídico del esclavo. Desde el punto de vista del derecho privado era un bien mueble, podía enajenarse y transmitirse, el señor podía darle muerte, que en esencia es no-muerte, extinción o agotamiento de la cosa, de su valor económico, de su capacidad para obtener rentabilidad, según criterios de coste y beneficio (Mbembe 2016, p. 54). En el antiguo derecho romano las cosas conquistadas quedaban bajo el dominio de quien las reclamaba, un método que constituyó las relaciones de los individuos con las cosas y, también, las relaciones entre los mismos sujetos, por obra y mediación del derecho patrimonial. Igual que se poseían cosas, se podía ejercer dominio sobre otros individuos si carecían de patrimonio, de manera que la propiedad sobre las cosas sirvió de molde a la propiedad sobre las personas, un mecanismo jurídico que explica el motivo por el que ciertos seres –africanos negros– pudieron ser reducidos a cosas, apropiados, transportados a otro continente y obligados a vivir y trabajar en la plantación. De esta manera el concepto de persona ha sido utilizado para echar fuera a ciertos tipos humanos bajo la consideración de que eran menos que humanos, en lugar de servir para expandir de manera universal los derechos. Las diferencias jurídicas entre quienes eran personas y quienes no lo eran, o solo lo eran en determinadas circunstancias o situaciones, estableció umbrales antropológicos de humanidad que sirvieron para reducirlos a la condición de cosas-personas (Esposito 2017, pp. 40 y 44).

Pero hay muchas otras maneras de fabricación legal de ausencia, mediante el etiquetamiento de la categoría fantasmática del enemigo. La detención incomunicada de los detenidos por terrorismo, a quienes se suspenden derechos procesales básicos que garantizan la integridad personal y la libertad de declaración –como el derecho a ser asistidos por abogado de confianza, de entrevistarse con él de manera reservada y de acceder a la información que sustenta la imputación–,<sup>1</sup> limitados a interpretar el papel del personaje de Kafka que aguardaba eternamente a las puertas de la ley, un marco jurídico que, junto a otros factores como la elaboración de un relato de deshumanización sobre su primitiva peligrosidad, instauran las condiciones que hacen posible la tortura. También hay que recoger en este apartado el aislamiento de los reclusos en celdas como forma de sanción, la prisión dentro de la prisión, que supone una invisibilización radical del preso, mediante la separación absoluta del resto de reclusos y la limitación de las comunicaciones con el exterior (artículo 254 del Reglamento penitenciario).

Y, bajo el esquema de desaparición del negro, paradigma del sujeto de raza, surgen mecanismos de marginación que convierten la escena racial en espacio prioritario de

---

<sup>1</sup> Salvo la información relacionada con la legalidad de la detención, según dispone el artículo 527 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

una estigmatización sistemática, según el diagnóstico de Mbembe acerca del “devenir negro del mundo” (Mbembe 2016, 32). El sistema penal norteamericano es el modelo: se aprovechó otra cruzada mundial, la guerra contra las drogas, para perfeccionar el programa de exclusión de minorías étnicas. Que ha provocado, por un lado, un encierro penitenciario de proporciones inéditas, la primera genuina sociedad carcelaria de la historia (Wacquant 1999, p. 72), con la tasa más alta de reclusos –dos millones de presos, lo que equivale a una ratio superior a la de 700 por cada mil habitantes–, una población donde las minorías están sobrerrepresentadas de forma escandalosa, pues en algunos estados el 90% de los encerrados por delitos relacionados con las drogas son afroamericanos o latinos. Por otro, la expulsión del condenado de la comunidad, que se califica como un daño colateral asociado a la pena y que supone una auténtica incapacitación (Alexander 2014, p. 221). Expulsión que se concreta en la prohibición del derecho a voto de por vida (que afecta a más de dos millones de varones negros, con incidencia en los resultados electorales) y del derecho a formar parte de jurados –dos instrumentos de participación emblemáticos de la democracia americana–, del acceso a la vivienda pública, a los cupones de alimentos, a las becas para estudio, al seguro de desempleo y a las ayudas para discapacitados, incluso a las prestaciones para veteranos de guerra; a lo que se añade la prohibición de conducir vehículos a motor, las dificultades para obtener un empleo, ya que el demandante debe informar si tiene antecedentes penales (la *black box* como potestad del empleador), o la asunción de deudas impagables por el coste de los servicios carcelarios (alimentación, honorarios del agente de la libertad condicional).

En el mismo sentido, cabe sostener que el derecho produce ausencia y hace desaparecer a determinadas personas y sectores de población cuando crea marcos jurídicos que propician la deshumanización de ciertos sujetos peligrosos (Butler 2010, p. 16), migrantes, terroristas, reclusos, expresidarios y enemigos, para de esta manera operar su exclusión radical. Marcos jurídicos como el rechazo en frontera que, a su vez, hacen posible la emergencia de espacios de muerte social donde ciertas personas –el paradigma son los migrantes clandestinos en su tránsito hacia los países de acogida– quedan al margen del orden jurídico y de la protección de un Estado, a merced de poderes privados salvajes, pura *nuda vida* despolitizada, vida a quien cualquiera puede dar muerte (Agamben 1998, p. 18). Una posición similar a la de los apátridas que Arendt identificó como desposeídos del derecho a tener derechos o a formar parte de una comunidad organizada, cuyo prototipo es el Estado nación (Arendt 1987, p. 430). Porque ni siquiera tienen acceso a los dispositivos de excepción de la ciudadanía habilitados por los poderes públicos, como los campos de refugiados o los campamentos informales de migrantes (*la Jungle* de Calais o el monte Gurugú, frente a Melilla), al menos estos se hallan inscritos en el orden estatal.

En el principio fueron las grandes declaraciones de derechos. En esos textos, la ciudadanía en tanto estatuto de derechos y libertades aparecía como universal, algo que negaba la realidad social y política que dejaba fuera a la mayoría, a sectores enteros de población: no propietarios y asalariados, mujeres, extranjeros, esclavos y colonizados. Se proclamaba la ciudadanía como atributo del género humano pero el sujeto de los derechos era el hombre, blanco, propietario, nacional de un Estado colonial, heterosexual y cristiano (Hunt 2009, p. 129). A pesar de que las luchas sociales fueron ampliando el conjunto de la ciudadanía en los dos siglos posteriores, todavía las leyes contienen reglas de exclusión de la titularidad y goce de ciertos derechos fundamentales para quienes no son nacionales. Al margen de la defectuosa garantía de los derechos sociales donde fueron reconocidos en la constitución formal, que afecta a la ciudadanía social, se encuentra, modelo de discriminación, la exclusión de los extranjeros no comunitarios –sólo los españoles tienen derecho, dice la Constitución– de los derechos a entrar y salir del país, a residir y a circular libremente, o de la participación política, es decir a elegir y ser elegidos, que no se reconocen más que a los ciudadanos. El cierre de fronteras es la técnica acabada de un mecanismo desaparecedor que se sustenta en la frontera exterior y en la

delimitación del territorio del Estado, que impide siquiera contar y nombrar a aquellos que mueren en el camino, los *sindios*, *sintiempo*, *sinpalabra* y *sinalma* (Monge 2016), de ahí la pertinencia de la hipótesis del desaparecido social.

#### 4. Cómo el derecho gestiona la ausencia y la desaparición

El derecho acude a dos técnicas bien diferentes para gestionar la ausencia: la representación y la excepción.

Es preciso distinguir aquí la representación jurídica de la política, siendo la primera una relación en la que un sujeto se obliga a tutelar los intereses de otro, y la segunda una convención basada en el sufragio universal para seleccionar a las personas que van a desempeñar funciones de gobierno. La ausencia es una figura del derecho privado que tiene por finalidad administrar y proteger el patrimonio de una persona que no está presente y cuyo paradero se desconoce, para garantizar el tráfico económico. Hay que advertir que la ausencia puede ser voluntaria. Según la regulación del Código civil español, se constituye mediante una resolución del juez, la declaración de ausencia, cuya finalidad es designar inmediatamente un defensor – excepto si existe un administrador nombrado por el ausente –, para que administre los bienes, conserve la integridad del patrimonio y cumpla con las obligaciones pendientes (artículo 181 y siguientes). Frente a la desaparición, que para el derecho privado es una situación fáctica, la ausencia es una medida cautelar de carácter real cuyo objeto no es la persona sino los bienes, y que crea una situación jurídica. La presencia del dueño o la prueba de su muerte extinguen la situación de ausencia y sus efectos jurídicos, porque esta se sustenta en presunciones provisionales. En la secuencia temporal, si hubiera necesidad de abrir la sucesión hereditaria, de nuevo una cuestión patrimonial, cubiertos ciertos plazos, procedería recabar la declaración de fallecimiento. De esa manera, la desaparición es un presupuesto de hecho, cuando el sujeto no es hallado, la ausencia una situación jurídica que requiere de una decisión judicial y la declaración de fallecimiento se configura como una presunción legal.

La ausencia no es sinónimo de desaparición. El ausente tiene plena capacidad jurídica, sencillamente no está ni se le encuentra, pero su presencia es requerida. El tráfico jurídico exige que todo patrimonio tenga un titular que ejerza las potestades inherentes al dominio y satisfaga las obligaciones contraídas, ya sea directamente o por representación. Si la persona que no está presente ha dejado un representante con facultades para administrar sus bienes, no procede la declaración de ausencia. Interesa el sujeto en cuanto *dominus*, dueño de un patrimonio. La ley prevé las consecuencias de la declaración de ausencia y protege los derechos del ausente. No está sustraído al derecho ni privado del amparo del Estado. Incluso hay un archivo público donde se inscriben los ausentes, para conocimiento de acreedores y deudores.

También prevé la ley mecanismos de representación del ausente. Representar significa hacer presente, es decir existente, a una persona o una cosa que literalmente no está presente. Lo que no está aquí y ahora pero es, se hace presente mediante la representación. La presencia no puede presentarse a sí misma sin representarse en la ausencia, prueba del otro (Lefebvre 1983, p. 167). En derecho privado la representación significa actuar en nombre de otro, de manera explícita, con mandato suficiente del representado, llevándose a cabo la sustitución en el momento de producción del acuerdo de voluntades que hace nacer la obligación o el contrato. La representación opera por sustitución, pone en escena a un “ser por” o en lugar de una persona ausente y se expresa como un “actuar por” o en lugar de una persona inactiva (Costa 2004, p. 15). La representación en derecho puede ser voluntaria o legal. También se contempla en el derecho sucesorio la representación del heredero muerto, desheredado o declarado incapaz por parte de los parientes con derecho a sucederle (artículos 924 y 929 del Código civil).

Como hemos visto, la ley establece el cierre de fronteras a determinado tipo de personas, racial y socialmente identificables, lo que permite su rechazo y expulsión,



la inadmisión de las demandas de asilo y genera políticas de externalización del control aduanero a Estados del sur que no respetan los derechos humanos básicos. También la ley antiterrorista propicia prácticas de deslocalización de la tortura, de privación de libertad sin plazo ni garantías, de entregas informales entre aparatos policiales y servicios de información. De esta manera se atribuye de forma diferenciada humanidad a unos sujetos a los que se considera menos que humanos o no-humanos, por su origen, nacionalidad y condición social. Estas normas y prácticas configuran un derecho de excepción destinado a hacer frente a los riesgos que se asignan a sujetos peligrosos, riesgos y sujetos que configuran la emergencia o necesidad que obliga a actuar suspendiendo los derechos fundamentales y sus garantías. Se instituye en realidad un no-derecho, pura facticidad propia del Estado policial, en la medida que se abandonan los principios del Estado de derecho y se afirma la razón de estado que supone la subordinación de los medios a los fines, ya que instaura la autonomía total de la política respecto al derecho (Ferrajoli 1995, p. 807). En una estrategia de encubrimiento ideológico, se pretende que la excepción forme parte del orden jurídico.

Precisamente la anomia, la existencia de un espacio de vacío jurídico impensable para el derecho, surge como problema paradójico en las teorías sobre el estado de excepción. El estado de excepción es incompatible con el Estado de derecho, aunque en los sistemas modernos tiende a incluirse en el ordenamiento y a presentarse como una situación regulada por la ley. La excepción es fruto de la necesidad, y la necesidad –que no es un dato objetivo, sino la conclusión de una decisión política– no solo no reconoce ley alguna sino que crea su propia ley: este es un espacio vacío de derecho. El estado de excepción separa la norma de su aplicación, erige un lugar de no-derecho para hacer posible, se dice, la aplicación de la norma suspendida, abriendo un espacio de anomia que pretende regular de manera efectiva lo real. En la práctica el Estado sigue, pero el derecho se suspende. De esa manera la excepción es productora de orden pero de un orden no jurídico, de ahí los intentos persistentes de los juristas al servicio del soberano, con Schmitt al frente, por inscribir en el derecho algo exterior a él (Agamben 2004, p. 41). A pesar de hallarse tal espacio vacío en el centro de la máquina jurídica, habitado por la confusión entre hecho y derecho, el mecanismo sigue funcionando. De manera que el aspecto normativo del derecho puede ser cancelado por una violencia oficial impune que, al tiempo, ignora la ley internacional e instaura el estado de excepción permanente, aparentando que sigue aplicando el derecho. Algo que se puede detectar en las prácticas de la llamada “guerra contra el terror” desplegada después del 11 de septiembre y la reapertura del debate público sobre la admisión de formas blandas de tortura a emplear en los interrogatorios de sospechosos, reducidos a nuda vida, vidas descalificadas, sin valor, capturadas en la relación de excepción (Agamben 1998, 31).

El derecho de excepción produce espacios de no-derecho como son los campos de refugiados, los centros de internamiento de migrantes y los campos de detención indefinida de combatientes enemigos, por ello es necesario comprender los mecanismos que producen no-personas, las normas de reconocimiento que construyen sujetos jurídicos innombrables e inclasificables con base en su supuesta peligrosidad, mediante el intento de inscribir el estado de excepción en el orden jurídico.

Como conclusión resta la paradoja de un sistema que se presenta pleno, coherente y universal, que no acepta la existencia de vacíos normativos y obliga al juez a decidir el caso conforme a derecho, y que produce ausencia y desaparición que ha de gestionar mediante técnicas de representación, de exclusión y de excepción.

## Referencias

- Agamben, G., 1998. *Homo Sacer: El poder soberano y la nuda vida*. Trad.: A. Gimeno. Valencia: Pre-Textos.

- Agamben, G., 2004. *Estado de excepción: Homo Sacer II*. Trad.: A. Gimeno. Valencia: Pre-Textos.
- Alexander, M., 2014. *El color de la justicia: La nueva segregación racial en Estados Unidos*. Trad.: C. Valle y E. Odriozola. Madrid: Capitán Swing.
- Arendt, H., 1987. *Los orígenes del totalitarismo. Vol. 2: Imperialismo*. Trad.: G. Solana. Madrid: Alianza.
- Balibar, E., 2017. *La igualibertad*. Trad.: V. Goldstein. Barcelona: Herder.
- Butler, J., 2010. *Marcos de guerra: Las vidas lloradas*. Trad.: B. Moreno. Barcelona: Paidós.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas [en línea]. Belém do Pará: Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, 9 de junio de 1994. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html> [Con acceso el 6 de noviembre de 2018].
- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas [en línea]. Asamblea General de Naciones Unidas, 20 de diciembre de 2006. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/conventionced.aspx> [Con acceso el 9 de octubre de 2018].
- Costa, P., 2004. El problema de la representación política: una perspectiva histórica. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* [en línea], nº 8. Disponible en: [http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/8/6900844%20\(015\\_062\).pdf](http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/8/6900844%20(015_062).pdf) [Con acceso el 9 de noviembre de 2018].
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (A/RES/47/133) [en línea]. Asamblea General de Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1992. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1428.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1428> [Con acceso el 9 de noviembre de 2018].
- Esposito, R., 2017. *Personas, cosas, cuerpos*. Trad.: A. Jiménez. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L., 1995. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trad.: P. Andrés et al. Madrid: Trotta.
- Gatti, G., et al., 2018. Regreso al vacío: sobre ausencia y desaparición social. *Oñati Socio-legal Series* [en línea], 9(2-este número). Disponible en: <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1021> [Con acceso el 6 de noviembre de 2018].
- Grossi, P., 2003. *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad.: M. Martínez. Madrid: Trotta.
- Hamilton, A., Jay, J., y Madison, J., 2001. *El Federalista*. Trad.: G.R. Velasco. 2ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Hunt, L., 2009. *La invención de los derechos humanos*. Barcelona: Tusquets.
- Kelsen, H., 1995. *Teoría general del derecho y del Estado*. Trad.: E. García Máynez. 5ª reimp. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H., 2006. *De la esencia y valor de la democracia*. Trad.: J.L. Requejo. Oviedo: KRK.
- Lefebvre, H., 1983. *La presencia y la ausencia: Contribución a la teoría de las representaciones*. Trad.: O. Barahona y U. Doyhamboure. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

- Mbembe, A., 2016. *Crítica de la razón negra: Ensayo sobre el racismo contemporáneo*. Trad.: E. Schmukler. Barcelona: Futuro anterior / Ned.
- Monge, E., 2016. *Las tierras arrasadas*. Barcelona: Mondadori.
- Santos, B. de S., 2009. *Sociología jurídica crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trad.: C. Lema. Madrid: Trotta.
- Schmitt, C., 1996. *Teoría de la Constitución*. Trad.: F. Ayala. Madrid: Alianza.
- Wacquant, L., 1999. *Les prisons de la misère*. París: Raisons d'Agir.