

LA CUESTIÓN MAPUCHE Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO CONSUMACIÓN JURÍDICA DEL “HUMANISMO”.

Gonzalo Díaz Letelier¹

Resumen

Enfocando la estructura biopolítica del poder en Occidente –como una tecnología de crianza de una cierta *hūmānitās* histórica–, este artículo traza un esbozo genealógico del “humanismo” desde el mundo griego como captura del viviente (ζῷον) por el dispositivo (λόγος, πῶλις), pasando por su modalización en el dispositivo de la *persōna* en el mundo romano y cristiano –en las esferas del derecho y la teología–, para arribar al mundo moderno y la transposición “contractualista” de este dispositivo a la filosofía política (Hobbes) y a la filosofía del derecho (Rousseau, Fichte, Kant) –que es donde surge la noción político-jurídica de “enemigo”. Sobre la base de esta genealogía elaboramos una crítica de la “filosofía del derecho penal del enemigo” (Jakobs) como consumación jurídica del “humanismo” en su figura actual y su correlativa “filosofía de la historia del capital”, considerando la trama de relaciones que hay en esta lógica entre los conceptos de “persona” (animal capturado en una forma-de-vida), “sociedad” (forma-de-vida, orden económico-político, función de socialización) y “Estado” (sistema normativo, “bien” jurídico y sistema penal). Finalmente, consideramos en este horizonte la “cuestión mapuche” –donde los mapuche (“indios”, “pobres”, “terroristas”) aparecen como un obstáculo al progreso del patrón de acumulación capitalista (temporalidad del “desarrollo”, filosofía de la historia del capital y su correspondiente norma antropológica), quedando en la práctica sustraídos de la calidad de “persona” (*hūmānitās*) y sometidos a la exclusión/excepción (ley antiterrorista) como enemigos políticos (“bárbaros”, animales sacrificables). Nuestra hipótesis de trabajo es que, si en la política se juega básicamente la decisión sobre lo humano (sobre lo que es humano y lo que no lo es, sobre la diferencia entre hombre y animal), la noción de “enemigo político” (como enemigo de la humanidad) ya estaba implícita desde el comienzo en la biopolítica occidental (en su humanismo), y se vuelve explícita desde Hobbes en la filosofía política (con la doctrina sobre el *enemigo político* como rebelde a la soberanía) y más tarde en el derecho penal y el discurso de la criminología que lo sustenta (con la emergencia de la noción de *individuo peligroso*).

Palabras clave: biopolítica, humanismo, derecho, persona, sociedad, Estado, capital, enemigo, mapuche.

Abstract

Focusing biopolitical structure of power in the Occident –as a breeding technology of a certain historical *hūmānitās*–, this article traces a genealogical outline of “humanism” from the Greek world as a capture of the living (ζῷον) by the dispositive (λόγος, πῶλις), through its modalization on the dispositive of the *persōna* in the Roman and Christian world –in the areas of law and theology–, to arrive at the modern world and its “contractalist” transposition of this dispositive to political philosophy (Hobbes) and philosophy of right (Rousseau, Fichte, Kant) –which is where the political-juridical concept of “enemy” arises. On the basis of this genealogy we elaborate a critique of the “philosophy of the criminal law of the enemy” (Jakobs) as juridical consummation of “humanism” in its current figure and its correlative “philosophy of history of the capital”, considering the plot of relationships in this logic between the concepts of “person” (animal captured in a form-of-life), “society” (form-of-life, economic and political order, socialization function) and “State” (normative system, juridical “good” and penal system). Finally, we consider in this horizon the “Mapuche question” –where the Mapuche (“indians”, “poor”, “terrorists”) appear as an obstacle to the progress of capitalist accumulation pattern (temporality of “development”, philosophy of history of the capital and its associated anthropological norm), remaining in the practice substracted from the quality of “person” (*hūmānitās*) and subjected to exclusion/exception (terrorism Act) as political enemies (“barbarians”,

¹ Académico del Departamento de Filosofía de la Universidad de Santiago y del Programa de Bachillerato de la Universidad de Chile, miembro del Grupo de Filosofía del Centro de Estudios Arabes de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile.

sacrificable animals). Our working hypothesis is that, if in the political come into play basically the decision on the human (what is human and what is not, about the difference between man and animal), the notion of “political enemy” (as enemy of humanity) was implicit from the beginning in the Occidental biopolitics (in its humanism), and becomes explicit from Hobbes’s political philosophy (with the doctrine of the *political enemy* as rebel to the sovereignty) and later in the criminal law and the discourse of criminology supporting it (with the emergence of the notion of *dangerous individual*).

Keywords: biopolitics, humanism, right, person, society, State, capital, enemy, mapuche.

I. La biopolítica como tecnología de crianza de *humanos*.

La vieja palabra latina *hūmānitās* remite a la naturaleza moldeable de la tierra, concebida como en sí misma tendiente a nada, pero receptiva de las formas más eminentes. Lo *hūmānus* nombra lo modelable del barro (*humus*). Así es que se entendía lo *hūmāniter* desde antiguo como lo animado que es con-forme a lo más alto, la vida dócil y puesta en forma: lo animal dulcificado, cultivado y amable. La vida de origen terrestre, humilde (*humilis*), pero dignificada (*dignitās*), esto es: con rango de actor social (*persōna*), pero cuyo hacer (*agere*)² no es sino un seguir (*sequor*, de donde deriva el término *societās*). Un seguir *la orientación de lo más alto*.

Lo anterior es lo que modernamente resuena, por ejemplo, al menos formalmente, en el pensamiento moral de Kant, al referir a una cierta “santidad de la voluntad” (*Heiligkeit des Willens*), mas no sin una interesante reserva:

Esta santidad de la voluntad es, sin embargo, una idea práctica que necesariamente debe servir de *prototipo* y es lo único a lo cual deben aspirar a aproximarse hasta el infinito todos los seres racionales finitos, idea que constante y rectamente les hace presente la ley moral pura, que por lo mismo se llama santa, por la cual se puede estar seguro del progreso –que va hasta el infinito– de sus máximas y de su inmutabilidad en constante avance, esto es, la virtud, lo más alto que pueda lograr la razón práctica finita que, a su vez, por lo menos como facultad adquirida naturalmente, nunca puede ser perfecta, porque la seguridad en este caso nunca deviene certeza apodíctica, y como convicción es muy peligrosa.³

La vida volitiva finita puede orientarse infinitamente, según Kant, hacia la “virtud”, es decir, hacia *su posibilidad más alta*, aquella que se expresa en la “ley moral pura”: la *hūmānitās* es aquí el logro de un animal racional que desde su finitud se aproxima infinitamente a una determinada idealidad práctica “prototípica”, la “santidad”. En efecto, la *persōna* en el pensamiento de Kant es el “sujeto moral” de la razón práctica, postulado a partir de la *idea regulativa* de “alma” de la razón pura.

² Para considerar la pregunta por el *actuar* en relación con la cuestión del “humanismo” y la “metafísica” que articula el estar en el mundo “social” de los humanos, ver Heidegger, «*Carta sobre el humanismo*», en Heidegger, “Hitos”, traducción del alemán al español por Arturo Leyte y Helena Cortés, Editorial Alianza, Madrid, ¹2000, p. 259 y ss. Heidegger sostiene que el hombre no es, en su singularidad animal, la unidad de medida de las cosas –la *verdad* que orienta su *actuar*–, sino sólo el pastor o traductor de tal medida, destinada historialmente. Ver también Duque, «*Contra el humanismo*», Abada Editores, Madrid, ²2009, p. 53 y ss.

³ Kant, «*Kritik der praktischen Vernunft*», Reclam Verlag, Stuttgart, ¹1961, p. 153. La traducción del alemán al español el mía.

En cualquier caso tal *idealidad santa* que regula a la *hūmānitās* como tal opera sobre la base de una vida finita, imperfecta y plástica, que puede modelarse según ella. Y es esta plasticidad de la orientación volitiva del poder/posibilidad de la vida del hombre (*homo*) el motivo en el que insiste Nietzsche, cuando refiere al *carácter siempre inacabado de la forma humana*. Nietzsche:

El hombre es una cuerda tendida entre el animal y el superhombre –una cuerda sobre un abismo. (...). La grandeza del hombre está en ser un puente y no una meta: lo que en el hombre se puede amar es que es un *tránsito* y un *ocaso*.⁴

En el léxico de Nietzsche, el hombre es un ser inacabado, sin determinación ontológica definitiva, siempre por hacerse en una nueva figura. El hombre es un “puente” o un “tránsito” entre el animal y el superhombre, es decir: entre la *animālitās* fáctica y la *hūmānitās* como ideal determinado o posibilidad más alta por descubrir. Este *carácter siempre inacabado de la forma humana* hace posible al hombre su devenir creador, pero también su *estatuto de cría en relación con la política* –estatuto ya definido por Platón con su concepción “pastoral” de la política.⁵

En efecto, en su diálogo «*El político*», Platón ofrece como una definición básica del “político” la noción de *pastor* o *criador* (τροφός) de un colectivo de hombres. La función de la política no sería sino el *pastoreo* o *crianza de un rebaño* (ἀγελαιοτροφία)⁶ o, más precisamente, el *cuidado de un rebaño* (τινος ἀγέλης ἐπιμέλεια).⁷ La política sería así una tecnología pastoral de crianza, pues el político es aquel que pone en juego, por una parte, *la política como ciencia* (λόγος: ἐπιστήμη πολιτική, θεωρία) del orden y disposición de lo humano, y por otra, su rendimiento como *arte de las artes* (τέχνη τέχνων) que es el de conducir en orden y apacentar a los animales domesticables que son los hombres (ἄνθρωπος), diferentes de las bestias (θηρός).⁸ El hombre es un animal domesticable (ζῷον τιθασόν), diferente de las bestias que son animales salvajes (ζῷον ἀγρίον), indomables⁹ –a diferencia del animal salvaje, el animal domesticable *se deja* conducir. El animal-hombre es una cría en doma por la tecnología política a cuyo cuidado se halla acogido en cada caso. Cabe destacar aquí dos cosas: 1) que el antiguo planteamiento de Platón deja ver que la política ya se comprendía como una relación entre pastor (τροφός) y rebaño (ἀγέλη); y 2) que la función del político implica así un saber contemplativo (θεωρία) y un saber productivo (τέχνη), es decir, un saber que orienta y da la medida (ciencia del orden) de un régimen de producción (puesta en obra de un orden). El régimen de producción produce no sólo el mundo del hombre y sus relaciones, sino al hombre mismo como tal –forma de vida como norma antropológica: la “humanidad” como esencia de lo humano. El político es así un domador de animales –un “humanizador”– y los

⁴ Nietzsche, «*Así habló Zaratustra. Un libro para todos y para nadie*», traducción del alemán al español por Andrés Sánchez Pascual, Editorial Alianza, Madrid, ²⁴2000, p. 38.

⁵ Sloterdijk, «*Normas para el parque humano. Una respuesta a la ‘Carta sobre el humanismo’ de Heidegger*», traducción del alemán al español por Teresa Rocha, Ediciones Siruela, Madrid, ⁴2006, p. 60 y ss.

⁶ Platón, «*Πολιτικός*», en *Platonis Opera*, tomo I, texto griego editado por John Burnet, Oxford University Press, Oxford, ¹1903, 261e, 2.

⁷ Platón, opus cit., 267d, 7-8.

⁸ *Ibíd.*, 262a, 2-3.

⁹ *Ibíd.*, 264a, 1-3.

hombres, en cuanto vivientes domesticables, son crías en doma. La política es, en consecuencia, una tecnología de crianza de humanos –todo sistema político-económico implica en esta dirección la producción de una determinada forma de vida, o como se dice modernamente, de una determinada subjetividad. Lo que aquí se pone de manifiesto es la estructura biopolítica de la política occidental ya patente desde su matriz griega antigua, es decir, el ensamble entre soberanía y gobierno. En este sentido, la “humanización” del hombre occidental no es sino el agenciamiento político-económico de domesticación del mismo en cuanto animal manso.

Otro momento clave para trazar desde el mundo griego antiguo un esbozo genealógico del “humanismo” como captura del viviente (ζῷον) por el dispositivo (λόγος, πόλις) es, como ha indicado Agamben,¹⁰ el pensamiento político de Aristóteles. Agamben observa que en el mundo griego antiguo se distingue entre la *vida desnuda* (ἡ ζωή, simple hecho de vivir, común a animales, hombres y dioses) y la *vida cualificada* (ὁ βίος, forma o género de vida, propia de un individuo o grupo). En su obra «*La política*», Aristóteles hace eco de esta distinción al sostener que el *fin* (τέλος) de la *ciudad* (πόλις) es *vivir según el bien* (τὸ εὖ ζῆν).¹¹ De hecho, el filósofo griego relega la vida desnuda (ζωή) al ámbito del hogar (οἶκος),¹² mientras que sólo la vida cualificada (βίος) –es decir, la “buena vida” (εὖ ζῆν)– tiene lugar en la ciudad (πόλις) como “vida política” (βίος πολιτική).¹³

De alguna manera en estos planteamientos de Aristóteles se estaría jugando la partición entre la *inmanencia animal* de la vida desnuda y la *trascendencia humana* de la vida política ordenada por la triada de “la verdad, el bien y la belleza”. Esto se muestra con toda claridad desde el momento en que Aristóteles dice que el fin (τέλος) de la “comunidad perfecta” (κοινωνία τέλειος πόλις) no es el vivir (ζῆν), sino el “buen vivir” (εὖ ζῆν), pues la ciudad es

(...) γινομένη μὲν τοῦ ζῆν ἕνεκεν, οὕσα δὲ τοῦ εὖ ζῆν.¹⁴

(...) generada con vistas al vivir, pero siendo con vistas al vivir bien.

Que el “vivir” se desdoble en un “vivir bien” implica la captura de su potencia en la forma de un *fin* (τέλος), *con vistas al cual* (ἕνεκεν) el propio vivir se produce o es producido. De modo que a partir de esta sentencia se vuelve inteligible el íntimo vínculo entre las dos definiciones que ofrece Aristóteles en «*La política*» acerca de lo que es por naturaleza (φύσει) el hombre –o la *humanidad* del hombre.

¹⁰ Agamben, «*Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida*», traducción del italiano al español por Antonio Gimeno, Editorial Pre-Textos, Valencia, ¹1998, p. 9 y ss.

¹¹ Aristóteles, «*Πολιτικόν*», texto griego editado por Immanuel Bekker, Longmans Green and Company, London, ¹1877, 1278b, 23-31.

¹² La vida desnuda (ζωή) relegada al ámbito del hogar (οἶκος) se juega en las figuras del jefe de familia (δεσπότης) que reproduce la vida y la del jefe de una empresa (οἰκονόμος) que mantiene la vida –el proveedor.

¹³ Aristóteles, opus cit., 1252a, 26-35.

¹⁴ *Ibíd.*, 1252b, 30. Esta traducción del griego al español y las que siguen son mías.

La primera definición es esta:

ὁ ἄνθρωπος ἐστὶ πολιτικὸν ζῶον.¹⁵

El hombre es un viviente político (cívico).

La segunda definición es esta otra:

ὁ ἄνθρωπος ἐστὶ ζῶον λόγον ἔχον.¹⁶

El hombre es un viviente en posesión de lenguaje-comprensión.

El vínculo de estas dos definiciones –por género próximo y diferencia específica– se entiende sobre la base de la sentencia antes señalada. Si el género próximo del hombre es la animalidad, su diferencia específica está dada por su politicidad (carácter cívico comunitario) y lingüisticidad (carácter comprensor co-lectivo). Es decir, como lo pone Aristóteles, el “buen vivir” (εὖ ζῆν) –que es el fin (τέλος) de la ciudad (πόλις) y la condición de la “vida política” (βίος πολιτική)– está articulado por una racionalidad (λόγος, idealidad-lenguaje) que es *lo común mismo de la comunidad* (κοινωνία), lo que hace posible un vivir co-lectivo (es decir, según el mismo λόγος). La civilidad o politicidad se define por el suplemento de una racionalidad, de un λόγος que imprime una forma idealmente determinada a la mera animalidad sin más: se trata del orden positivo de una idealidad-lingüisticidad (racionalidad) que configura una *comunidad humana* del “bien” (τὸ ἀγαθόν) –verdad, belleza y justicia–, comunidad del bien que se sitúa por sobre la *mera animalidad* que, limitada a la esfera del cuerpo y la pasión, sólo es capaz de comunicar placer y dolor.¹⁷

Si la biopolítica occidental funciona capturando la potencia del viviente “humanizándolo” históricamente en una serie de figuras de la *hūmānitās*, de acuerdo a una determinada racionalidad político-económica en cada caso, el presente trabajo tiene el carácter de una genealogía críticamente orientada a las consecuencias del humanismo en la vida material. A propósito de la biopolítica como captura de la potencia de la carne por el dispositivo de una determinada racionalidad, hay un pasaje notable en «*Vigilar y castigar*» en el que, quizás haciendo eco de la noción kantiana de “alma” como idea regulativa de la razón pura, Foucault invierte el viejo apotegma de raíz órfica según el cual “el cuerpo es la prisión del alma”:

La historia de la “microfísica” del poder punitivo sería (...) una genealogía o una pieza para una genealogía del “alma” moderna. Más que ver en esta alma los restos reactivados de una ideología, se reconocería en ella más bien el correlato actual de cierta tecnología del poder sobre el cuerpo. No se debería decir que el alma es una ilusión, o un efecto ideológico. Pero sí que existe, que tiene una realidad, que está producida permanentemente en torno, en la superficie y en el interior del cuerpo

¹⁵ Ibíd., 1253a, 4. Traducción latina: *homo animal politicus est*.

¹⁶ Ibíd., 1253a, 10 y ss. Traducción latina: *homo animal ratiōnalis est*.

¹⁷ Cfr. Agamben, «*La obra del hombre*», en “La potencia del pensamiento. Ensayos y conferencias”, traducción del italiano al español por Fabián Lebenglik, Editorial Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2007, p. 465 y ss.

por el funcionamiento de un poder que se ejerce sobre aquellos a quienes se castiga, y de una manera más general sobre aquellos a quienes se vigila, se educa y corrige, sobre los locos, los niños, los colegiales, los colonizados, sobre aquellos a quienes se sujeta a un aparato de producción y se controla a lo largo de toda su existencia. Realidad histórica de esa alma, que a diferencia del alma representada por la teología cristiana, no nace culpable y castigable, sino que nace más bien de procedimientos de castigo, de vigilancia, de pena y de coacción. Esta alma real e incorpórea no es en absoluto sustancia; es el elemento en el que se articulan los efectos de determinado tipo de poder y la referencia de un saber, el engranaje por el cual las relaciones de poder dan lugar a un saber posible, y el saber prolonga y refuerza los efectos del poder. Sobre esta realidad-referencia se han construido conceptos diversos y se han delimitado campos de análisis: psique, subjetividad, personalidad, conciencia, etc.; sobre ella se han edificado técnicas y discursos científicos; a partir de ella, se ha dado validez a **las reivindicaciones morales del humanismo**. (...) Un “alma” habita al hombre y lo conduce a la existencia, que es una pieza en el dominio que el poder ejerce sobre el cuerpo. El alma, efecto e instrumento de una anatomía política; **el alma, prisión del cuerpo**.¹⁸

II. El dispositivo biopolítico de la *persōna* en el derecho romano y en la teología cristiana.

Para proseguir este esbozo genealógico del “humanismo” es preciso ahora pasar desde la matriz griega de la biopolítica como captura del viviente (ζῷον) por el dispositivo (λόγος, πῶλις) a su modalización en el dispositivo de la *persōna* en el mundo romano y cristiano, específicamente en las esferas del derecho y la teología.

Una triada fundamental de categorías modernas de raíz teológico-política es la siguiente: Estado, derecho, persona. En la tradición teológico-política las categorías de “Estado” y “derecho” dicen relación con la soberanía y su pragmática excepcionalista de violencia fundadora y conservadora de derecho:¹⁹ el *derecho* es la institución jurídica de una relación de poder devenida estado de dominación (institución jurídica de la desigualdad a partir de la resolución de un conflicto más o menos remoto); el *Estado* es el dispositivo inmunitario destinado al sometimiento de los súbditos al orden soberano. En la misma tradición, la categoría de “persona” refiere a la lógica del gobierno, a la captura de la vida por el dispositivo soberano-gubernamental: la *persona* es el sujeto individual pre-formado en su potencia vital.

Roberto Esposito ha descrito el carácter de figura paradójica que ostenta la noción de “persona” –del latín *persōna*, que en su acepción más concreta significa “máscara”. En su libro «*El dispositivo de la persona*» observa que la persona aparece como una figura infinitamente única y, simultáneamente, como una figura infinitamente repetible.²⁰ Glosando su argumento, podríamos decir que por una parte aparece la persona como *infinitamente única* (sujeto moral) en la dirección de su “individualización moral”: autonomía de un individuo excepcional –autor de pensamientos y actos– y, en cuanto tal, responsable. Por otra parte y al mismo tiempo aparece la persona como *infinitamente*

¹⁸ Foucault, «*Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*», traducción del francés al español por Aurelio Garzón, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, ¹2004, p. 36. El destacado en negrita es mío.

¹⁹ Benjamin, «*Zur Kritik der Gewalt*», en „*Gesammelte Schriften*“ (vol. II), Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, ¹1991, p. 179 y ss.

²⁰ Esposito, «*El dispositivo de la persona*», traducción del italiano al español por Heber Cardoso, Editorial Amorrortu, Buenos Aires, ¹2011, p. 9 y ss.

repetible (sujeto jurídico) en la dirección de su integración en una “totalización política”: heteronomía sobre la persona responsable, persona que debe corresponder al orden jurídico con una conducta racional, esto es, consistente y predecible –seguridad, ausencia de peligrosidad. En este último sentido, en relación con la movilidad humana –su comportamiento–, se juega precisamente el antiguo y siempre renovado problema metafísico de la tensión entre movimiento (κίνησις) y estabilidad (ἰδέα, οὐσία), pues la potencia (δύναμις) del viviente en su actualización (ἐνέργεια) queda capturada por la direccionalidad (τέλος) de una forma de vida considerada “buena” (λόγος, πόλις, εὖ ζῆν). El dispositivo de la persona se revela así como un dispositivo “cosificante”, pues rinde como captura de la potencia de la vida en una determinada puesta en obra, en un determinado régimen de producción del modo de ser en el mundo. La *humanización* es así la *personificación* del animal, su interiorización de y responsabilidad por el orden de *lo propiamente humano*. Es simultáneamente la *función de cesura hombre/animal*.

El concepto de “persona” así operante está presente en el lenguaje político y jurídico de la modernidad. En el *lenguaje jurídico*, la persona es sujeto de derechos y deberes, y fundamentalmente es sujeto de “derechos humanos”. En el lenguaje político, el “ciudadano” es persona, es decir, tiene derechos y deberes –humanos– en función de su civilidad. Así se anudan en el léxico moderno, como se ve, humanidad y civilidad. Que el concepto de “persona” sea un concepto teológico-político *secularizado* significa que, en su contemporaneidad, obedece heterocrónicamente en su con-textura a una matriz teológica cristiana y político-jurídica romana, matriz dúplice que ahora pasaremos a explorar en algunos de sus aspectos esenciales.

Respecto de la matriz del dispositivo de la *persōna* en el mundo romano antiguo, específicamente en la esfera del *derecho romano*, ésta se juega en una lógica de diferenciación y jerarquización entre los romanos, articulada en el modo paradójal de la inclusión/exclusión. En el manual de las «*Institutionum*» de Gayo –jurista romano del siglo II– aparece una “división del derecho de personas” (*divisio de iure personarum*) bastante ilustrativa.²¹ Esta división distingue entre el “hombre” (*homo*) y la “persona” (*persōna*): todos los humanos son hombres, pero no todos son personas –y entre las personas, unas lo son más que otras. La persona en sentido máximo es el padre (*pater*), un hombre libre (*liber*) independiente que se manda a sí mismo (*sui iūris*) y manda a otros, ciudadano romano que tiene derecho de vida y muerte sobre los hijos. Luego vienen las personas en sentido mínimo que son las mujeres y los hijos, libres de nacimiento (*ingenui*) pero dependientes del padre. Hasta ahí se cuentan las personas libres, pues en el extremo inferior de esta escala de distinciones se halla el esclavo (*servus*), que es hombre pero no es ni persona ni libre, pues no es más que una “cosa con voz” (*res vocalis*), hombre sometido (*sūbiectum*) a la condición de instrumento. El esclavo está excluido de la categoría de *persōna*. A este respecto escribe Esposito:

Si la categoría de persona coincidiese con la de ser humano, no habría necesidad de ella. Desde su originaria prestación jurídica, es válida exactamente en la medida en que no resulta aplicable a todos –y así encuentra su sentido, precisamente, en la diferencia de principio entre aquellos a quienes se les

²¹ Gayo, «*Institutionum*», edición bilingüe latín-español, traducción del latín al español por Antonio Cabrera, Imprenta de la Sociedad Tipográfica y Literaria, Madrid, ¹1845, libro I, § 9 y ss.

asigna en alguna medida y aquellos a quienes no se les confiere nunca o, hasta cierto punto, les es sustraída. Sólo si existen hombres –y mujeres– que no sean del todo o no sean en absoluto considerados personas, otros podrán serlo o podrán conseguirlo. Desde este punto de vista –para volver a la paradoja de partida–, el proceso de personalización coincide, si se lo mira desde el otro lado del espejo, con los de despersonalización o reificación. En Roma, era persona quien gozaba de la posibilidad de reducir a otros a la condición de cosa, así como, de manera correspondiente, un hombre únicamente podía ser llevado al estatuto de cosa en presencia de otro hombre proclamado persona.²²

Ahora, respecto de la matriz del dispositivo de la *persōna* en el mundo cristiano antiguo-medieval, específicamente en la esfera de la *teología cristiana*, esta consiste básicamente en la definición de lo propiamente humano a partir de la línea en que éste se separa de su dimensión meramente natural: partición hombre/animal y correspondiente preponderancia de lo racional-espiritual (sobrenatural) por sobre lo somático (natural). Así, la *persōna* es el núcleo espiritual, intangible y sagrado de la “vida humana”. La dogmática cristiana instala –a partir del Concilio de Calcedonia del año 451– el *dogma trinitario* de la “doble naturaleza de Cristo”: la divinidad del Padre y la humanidad del Hijo, que son “consustanciales” (ὁμοουσία) en virtud del Espíritu Santo.²³ Rodrigo Karmy sostiene que es a partir del dogma de la *encarnación* que se puede hacer inteligible desde su matriz teológica el paradigma moderno de la biopolítica. La biopolítica funciona como una *máquina encarnativa* en que se ensamblan las lógicas de la soberanía (naturaleza divina, perfecta) y el gobierno (naturaleza humana, imperfecta), de tal manera que en cada caso la “carne” (apertura, potencia del viviente) se hace “cuerpo” (sujeto, potencia vital capturada por el dispositivo). Según Karmy, la cuestión central pasa por la noción de Espíritu Santo (que es una recodificación del λόγος griego), pues dicha noción hace posible la *subjetivación del Hijo en función de la imagen del Padre*, lo que conlleva el despliegue de una ética articulada como “santificación” –piénsese en la cita que hicimos al comienzo de Kant, y también en Weber. De tal modo que aquí la política (soberanía) en su rendimiento como tecnología de crianza de humanos (gobierno) se juega precisamente en un régimen de producción de “humanidad santa”, en la acepción teológica más antigua de la *economía* (οἰκονομία), esto es: una tecnología de subjetivación moral que tiene el sentido de una “santificación” (dirigir la conducta en función de la imagen del Padre), cuyo paradigma es la “encarnación” (espiritualización de la “carne”). La *persōna* es la Palabra del Padre que ha devenido encarnada en el Hijo (λόγος σὰρξ ἐγένετο).²⁴ Respecto de la primacía del espíritu (λόγος, lo divino-humano) por sobre la carne (ζωή, lo animal), dice por su parte Esposito citando a Agustín de Hipona:

Si bien ya en el misterio de la Encarnación las dos naturalezas –la humana y la divina– no pueden, por cierto, estar en el mismo plano, ello es aún más manifiesto cuando se pasa a la doble realidad, hecha de alma y cuerpo, que constituye para el cristianismo la vida del hombre. En tanto el cuerpo no sea declarado en sí malo, porque fue creado igualmente por Dios, siempre representará nuestra parte animal, y como tal estará sometido a la guía moral y racional del alma, en la que radica el único punto de tangencia con la Persona divina: como afirma San Agustín, el ser humano *secundum solam mentem imago Dei dicitur, una persona est* [“una persona, está dicho, lo es sólo según la imagen de

²² Esposito, opus cit., pp. 22-23.

²³ Karmy, «Políticas de la excarnación. Para una genealogía teológica de la biopolítica», Editorial Universitaria Unipe, Buenos Aires, 2014, p. 85 y ss.

²⁴ Cfr. Nuevo Testamento, Juan, 1:14.

Dios”] («*De Trinitate*», XV, 7, 11). (...). Sin que sea posible dar cuenta de la extraordinaria riqueza y complejidad de la doctrina cristiana, ni de la notoria diferencia de posiciones entre sus intérpretes, en lo que respecta a la cuestión que nos ocupa, lo que para ella vuelve al hombre propiamente humano es, precisamente, la línea a partir de la cual éste se aparta de su propia dimensión natural.²⁵

III. La *persōna* en la filosofía política y la filosofía del derecho moderna.

En nuestro esbozo genealógico del “humanismo” transitaremos ahora desde la modalización del dispositivo biopolítico de la *persōna* en el mundo romano y cristiano –en las esferas del derecho y la teología– hacia su transposición “contractualista” en la filosofía moderna, específicamente en la filosofía política de Hobbes y las filosofías del derecho de Rousseau, Fichte y Kant –todas ellas fuentes de donde surge la noción político-jurídica de “enemigo” que aquí especialmente nos interesa.

Esposito observa que para pensar la contextura del “sujeto” moderno es preciso notar la significativa superposición entre, por una parte, el sentido más antiguo del término que va de Aristóteles hasta Leibniz en la metafísica (ὕποκειμενον, *sūbiectum*, sujeto pasivo, sustrato/soporte con capacidad receptiva) y que tiene su correlato en el derecho romano (*sūbiectum*, sujeto pasivo de un derecho objetivo que lo trasciende y lo sujeta), y por otra parte el sentido moderno del término que remite más bien a un sujeto activo, agente de pensamiento y acción.²⁶

El primer sentido –el de un sujeto esencialmente pasivo– históricamente se transpone desde el derecho romano (Gayo) a la filosofía política moderna (Hobbes). En efecto, en las «*Institutionum*» de Gayo encontramos una división explícita entre los hombres que son dueños de sí mismos y los que dependen de otros; o en las mismas palabras del jurista romano, “unas personas son por derecho propio; otras son sometidas al derecho de otro” (*quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuris subiectae sunt*).²⁷ De estas palabras del siglo II escuchamos un fuerte eco mil quinientos años más tarde, en el siglo XVII, en la definición moderna de la soberanía en el pensamiento político de Hobbes. La distinción entre la *persōna* en sentido pleno (*sui iūris*) y el *sūbiectum* relativo a ella (*in alieno iūris sūbiectum*) es traducida al léxico político moderno en la figura del “súbdito” (*subject*) sometido al poder del soberano absoluto (*absolute sovereign*). Sin embargo, el súbdito que se define en la clave “contractualista” de Hobbes opera una *servidumbre voluntaria*, pues acepta conciente y racionalmente obedecer a la autoridad soberana, mientras que el esclavo no tiene otra opción, pues está sometido a la pasividad en sentido estricto –*servidumbre obligada*, digamos.

El segundo sentido, propiamente moderno –el de un sujeto esencialmente activo–, surge de alguna manera fundido con el primero y más arcaico: tal como ocurre ya con el súbdito de Hobbes –un “buen cristiano” secularizado–, el sujeto activo es puesto en juego de algún modo implicando al sujeto pasivo, interiorizando la heteronomía en la forma de una autonomía. Se trata de una *dinámica entre subjetivación y sometimiento*, es decir, entre el acto de someter (agencia del dispositivo) y el acto de someterse (pasividad) –tal como la

²⁵ Esposito, opus cit., pp. 18-19.

²⁶ *Ibíd.*, p. 24 y ss.

²⁷ Gayo, opus cit., libro I, § 48.

han elaborado, de un modo destacado, Foucault o Butler.²⁸ Aquí no sólo se superponen, sino que es más, se indistinguen los sentidos de sujeto pasivo y sujeto activo.

En el discurso filosófico-político de Hobbes, dado que naturalmente “el hombre es un lobo para el hombre” (*homo lupus homini est*) y por tanto lo que hay es una “guerra de todos contra todos” (*bellum omnium contrā omnes*), el “soberano” (*sovereign*) nace de la exigencia racional –a partir del *miedo* como pasión política originaria– de un “contrato” (*covenant*) para hacer posible el tránsito del estado de naturaleza al estado civil (estado de derecho, articulación jurídica del “cuerpo social”). El soberano es la “persona artificial” que *representa* a las “personas naturales”: es el “alma artificial” (*artificial soul*) del “cuerpo social” (*Body Politique*, en latín *cīvitās*),²⁹ es “una unidad real de todos, en una y la misma Persona, hecha por contrato” (*a reall Unitie of them all, in one and the same Person, made by Covenant*).³⁰ Los súbditos –tras constituirse como tales al pactar entre sí la renuncia a la violencia– ofrecen al soberano obediencia a cambio de la protección (*safety, sēcūritās*) de sus vidas y propiedades mediante el monopolio de la violencia legal. Desde ese momento el “contrato” rinde como *institución* de un Estado que se autoorganiza, sometiendo mediante la violencia e impidiendo así que los súbditos perturben su orden económico-policial. En la estructura del contrato hobbesiano se observa el funcionamiento del *paradigma de la autorización*: en cuanto *autores* del contrato, cada uno de los súbditos autoriza a la persona soberana a *representarlo*, de tal manera que el soberano deviene “autoridad” (*auctor, auctōritās*) y “actor” (*actor*, del léxico teatral, pues “representa” a los súbditos). El paradigma de la autorización no es sino el discurso que corresponde al ejercicio de la expropiación/acumulación de poder político –la autoridad. En relación con este paradigma y cómo entra en juego el concepto de persona, Esposito sostiene que:

(...) el soberano es el único que puede representarlos legítimamente y, por lo tanto, el único que puede definirse técnicamente como persona. Ese proceso, atravesado por la adquisición y la confiscación de la personalidad política, halla su epicentro en el paradigma de la autorización; mediante él, cada uno autoriza a la persona soberana –definida, justo en la antigua raíz teatral, como actor– a representarlo. Desde ese instante, todos quedan sometidos al imperativo de su propia condición de súbditos y, por añadidura, al ser autores de esa condición, no pueden lamentarse ni aun cuando piensen que sufren una injusticia, pues el único criterio de definición de lo que es justo lo proporciona el propio soberano.³¹

Si en Hobbes se juega la transposición del dispositivo de la persona desde la lógica teológico-jurídica antiguo-medieval a la lógica político-jurídica moderna, ello se expresa en la primacía del soberano sobre el súbdito, que es lo mismo que la primacía de la persona artificial sobre la persona natural, vale decir: *el orden soberano de la representación por sobre el desorden de lo animal*. Cabe observar que la filosofía política de Hobbes corre parejo al despliegue de esta relación de subjetivación tanto en la metafísica racionalista como en la filosofía empirista derivada de la tradición oxoniense. La única diferencia entre estas dos tradiciones es que, por ejemplo, en Descartes la persona es una *substancia*

²⁸ Butler, «*Mecanismos psíquicos del poder. Teorías de la sujeción*», traducción del inglés al español por Jacqueline Cruz, Editorial Cátedra, Madrid, ¹2001, p. 11 y ss.

²⁹ Hobbes, «*Leviathan, or the matter, forme & power of a Common-Wealth ecclesiasticall and civil*», Oxford University Press, London, ¹1909, p. 9 (Introducción).

³⁰ Hobbes, opus cit., p. 131 (Parte II, capítulo 17).

³¹ Esposito, opus cit., p. 29.

(entidad autosubsistente), mientras que en Locke o Hume la persona es una *función* (autorepresentación subjetiva en virtud de la memoria). En cualquier caso mutan los conceptos, pero se conserva la lógica de la separación y jerarquía persona/animal: la *res cogitans* se impone a la *res extensa*, el alma se impone al cuerpo, la *mathesis universalis* se sitúa por sobre el animal sintiente, el elemento divino por sobre la finitud animal, o lo universal se impone sobre lo particular.

Hasta aquí dejamos el examen de la modalización del dispositivo biopolítico de la *persōna* en su transposición “contractualista” en la *filosofía política* de Hobbes, y ahora pasamos a revisar cómo surge en ella la noción político-jurídica moderna de “enemigo”. Luego consideraremos su deriva en las *filosofías del derecho* de Rousseau, Fichte y Kant.

En el «*Leviatán*» de Hobbes hay un pasaje crucial para considerar la definición de la noción político-jurídica moderna de “enemigo”. Hobbes no niega al delincuente su estatuto civil de súbdito –que coincide con el estatuto artificial de *persōna* representada–, pero sí se lo niega al “rebelde” (*rebel*) que desafía a la autoridad (*Authority*) del soberano:

(...) los súbditos que deliberadamente niegan la autoridad del Estado establecido (...). La naturaleza de esta ofensa consiste en la renuncia a la sujeción, esto es, una recaída en la condición de guerra, comúnmente llamada rebelión; y aquellos que así ofenden [al soberano] sufren castigo no como súbditos, sino como enemigos.³²

En «*El contrato social*» de Rousseau y en los «*Fundamentos del derecho natural*» de Fichte encontramos una exacerbación de esta tesis, pues ambos sostienen que todo transgresor de la ley rompe con el contrato social, quedando fuera del contrato –es decir, quedando fuera de la sociedad (marginalizado) y fuera del derecho (sin derechos), deviniendo sin más un “enemigo” en la lógica de la guerra y perdiendo así su estatuto político-jurídico de *persōna*. Por tanto, ni Rousseau ni Fichte hacen la distinción entre “delincuente común” y “enemigo político”, sino que consideran a todo transgresor de la ley como enemigo político. Rousseau:

Todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y, por consiguiente, de que ya no es miembro del Estado. Ahora bien, como él se ha reconocido como tal, al menos por su residencia, debe ser separado de aquel mediante el destierro, como infractor del pacto, o mediante la muerte, como enemigo público; porque un enemigo así no es una persona moral, es un hombre, y entonces el derecho de guerra consiste en matar al vencido.³³

Y Fichte:

Aquel que viola en una parte el contrato social, sea voluntariamente o por negligencia, cuando en el contrato se contaba con su prudencia, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y es completamente privado de derechos. (...). / Pero ¿qué se sigue de la

³² Hobbes, opus cit., pp. 244-245 (Parte II, capítulo 28). La traducción del inglés al español es mía.

³³ Rousseau, «*El contrato social, o principios del derecho político*», traducción del francés al español por María José Villaverde, Editorial Tecnos, Madrid, 4^a 1999, pp. 34-35.

declaración de privación de derechos? El tratamiento totalmente arbitrario del condenado: no es que se tenga *un derecho a esto*, sino que tampoco hay *derecho a lo contrario*; por tanto, el condenado es declarado ser una cosa, una cabeza de ganado. No se puede decir: en relación con el animal yo tengo un derecho, el de matar este animal (pero sí tengo derechos en relación con los otros ciudadanos del Estado); pero tampoco se puede decir: yo no tengo el derecho. En general no es cuestión aquí en absoluto de derecho, sino de capacidad física. (...). / El criminal es entonces un animal dañino que se abate, un torrente devastador que se frena, en suma, una fuerza natural que es segada por el Estado mediante una fuerza natural. / Su muerte no es de ninguna manera un castigo, sino solamente una medida de seguridad.³⁴

Las tesis iusfilosóficas de Rousseau y Fichte sobre el sistema penal han sido criticadas por proponer una separación entre ciudadano (en derecho) y enemigo (fuera del derecho) demasiado abstracta, ya que 1) si el delincuente tiene *derecho* a arreglarse con la sociedad y 2) si el delincuente tiene el *deber* de reparar a la sociedad, todo ello implica mantener su estatuto de “persona” –su situación dentro del derecho–, cosa que es severamente negada por ambos filósofos.

Distinta es la situación en Kant. En la primera sección dedicada a la doctrina del derecho de «*La metafísica de las costumbres*» de Kant, y tal como ocurre también en Hobbes, encontramos marcada la distinción entre “delincuente común” y “enemigo político”. Kant acoge el modelo del “contrato” como idea regulativa político-jurídica, pensando el tránsito desde un estado de naturaleza (ficticio) a un *estado civil-legal*. En el estado civil-legal, *toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en el contrato* –es decir, un una constitución civil.³⁵ Si un hombre se niega en principio –y no sólo por mero desvío– a comportarse como persona sometida al derecho, es legítimo proceder hostilmente contra él, haciéndolo apartarse de nuestro lado –siendo expelido al exilio o impelido al encierro. Y en definitiva, un individuo *rebelde a la constitución del Estado* o un pueblo *no constituido como Estado* se hallan en estado de naturaleza y como tales son amenazantes, por lo que hay que tratarlos no como personas, sino como enemigos. Kant:

El estado de paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (*status naturalis*), que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza. El estado de paz debe, por tanto, ser *instaurado*, pues la omisión de hostilidades no es todavía garantía de paz y si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un estado *legal*), cada uno puede considerar como enemigo a quien no le dé la seguridad exigida. [Nota al pie de página]: Se acepta comúnmente que uno puede hostilizar a otro sólo si éste me ha *lesionado* ya de hecho y se considera asimismo correcto cuando ambos viven en estado *civil-legal*. Pues por el hecho de haber ingresado en este estado uno le proporciona al otro la seguridad necesaria (a través de la autoridad que posee poder sobre ambos). Pero un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza me priva de esta seguridad y me está lesionando ya, al estar junto a mí en ese estado, no de hecho (*facto*), ciertamente, pero sí por la carencia de leyes de su estado

³⁴ Fichte, «*Fundamentos del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*», traducción del alemán al español por José Luis Villacañas, Manuel Ramos y Faustino Oncina, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, ¹1994, pp. 315-316, 331 y 332.

³⁵ Kant, «*Die Metaphysik der Sitten*», en *Kants Werke Akademie-Textausgabe*, vol. VI, Walter de Gruyter, Berlín, ¹1907, p. 255 y ss.

(*statu iniusto*), que es una constante amenaza para mí. Yo puedo obligarle a entrar en un estado social-legal o a apartarse de mi lado.³⁶

En suma, para Rousseau y Fichte todo transgresor de la ley es *enemigo* (es decir, alguien que se halla *excluido del estatuto de la persona*). En cambio, Hobbes y Kant distinguen entre “delincuente común” y “enemigo político”: para Hobbes el *enemigo* es el rebelde que desafía al soberano y su ley; para Kant el *enemigo* es el que no se deja incluir en la relación soberano-jurídica.

IV. El derecho penal del enemigo como consumación jurídica del *humanismo*.

La expresión “derecho penal del enemigo” fue introducida en 1985 por el jurista alemán Günther Jakobs para referirse a las normas del Código Penal alemán que sancionaban penalmente conductas que no constituían actos delictuales efectivamente cometidos, sino que sólo hacían considerar a su autor como *individuo peligroso*. El primer Jakobs fue un crítico de estas normas, mientras que el segundo Jakobs –desde 1999– viró hacia la elaboración de un discurso legitimador de las mismas. Dado que Hobbes, Rousseau, Kant y Fichte se cuentan precisamente entre las fuentes iusfilosóficas de Jakobs, sobre la base de la genealogía que ya hemos desplegado intentaremos ahora hacer una crítica de la “filosofía del derecho penal del enemigo” como consumación jurídica del “humanismo”.

El argumento de partida de Jakobs es que si la *persona* es una entidad jurídica, entonces tiene que tener la misma realidad efectiva que el derecho: su cumplimiento y consistencia regulativa. Dicho en los términos de una disyunción fuerte: o el derecho es un mero postulado ideal (“deber ser”, esquema normativo *trascendente*, pero que en la práctica no dirige la conducta de las personas), o el derecho tiene una realidad social efectiva (en la práctica sí dirige la conducta de las personas). Jakobs lo pone así:

Idéntica a la situación respecto del Derecho en sí mismo es la de las instituciones que crea y, especialmente, de la persona: si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal –determinado por derechos y deberes–, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado. (...). Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo. (...). Hablando en términos kantianos: hay que separarse de quien no admite ser incluido bajo una constitución civil.³⁷

Es decir: a quien no admite ser incluido en el orden jurídico hay que excluirlo de la comunidad política y penalizarlo en función de la “seguridad” –como *enemigo* (“individuo peligroso”), no como *persona* (viviente adecuado al orden jurídico en principio, *forma de vida instituida*, es decir, “creada por el derecho”). Sobre la base de la tradición humanista y a partir de esta partición soberano-política entre amigo y enemigo, Jakobs define la partición político-jurídica entre un “derecho penal del ciudadano” (*Bürgerstrafrecht*) y un “derecho penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*).

³⁶ Kant, «*Sobre la paz perpetua*», traducción del alemán al español por Joaquín Abellan, Editorial Tecnos, Madrid, ⁶1998, pp. 14-15 (texto y nota al pie de página).

³⁷ Jakobs, “*Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*”, en Jakobs & Cancio Meliá, «*Derecho Penal del enemigo*», traducción del alemán al español por Manuel Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid, ¹2003, p. 14.

Por una parte, el *derecho penal del ciudadano* tiene como función inmunitaria la defensa frente a “hechos delictivos comunes” efectivamente cometidos (lógica punitivo-neutralizadora), por parte de autores que si bien transgreden la Constitución existente no la niegan en principio –esto es, no desafían la soberanía.

El *derecho penal del enemigo*, en cambio, tiene como función inmunitaria la defensa frente a “hechos delictivos subversivos” efectivamente cometidos y frente a riesgos de comisión (lógica securitario-preventiva), por parte de autores que no sólo transgreden la Constitución existente, sino que la niegan en principio –esto es, desafían la soberanía y desorganizan así el dispositivo *Estado* → *orden social* → *persona*. La subversión de este dispositivo es lo que en principio da sentido a la expresión “terrorismo”.³⁸ Desde la perspectiva del Estado, el derecho penal del enemigo se hace necesario ya sea porque ha habido una pacificación insuficiente (falta de gobernabilidad), ya sea por una intensificación de la rebeldía (auge de movimientos sociales en desacuerdo radical). En palabras de Jakobs:

Un Derecho penal *del enemigo* es indicativo de una pacificación insuficiente; sin embargo, ésta no necesariamente debe achacarse siempre a los pacificadores, sino puede que también a los rebeldes.³⁹

En el *derecho penal del ciudadano* se aplica la “pena” (castigo, neutralización), es decir, una *coacción al ciudadano* (persona racional) por atacar con su acto la vigencia de la norma. Aquí el hecho delictual y la pena aplicada al autor del hecho tienen no sólo una dimensión efectual, sino también una dimensión simbólica –portadora de significado. La *dimensión efectual del hecho delictual* es el hecho y sus consecuencias; la *dimensión efectual de la pena al delito* es el castigo y la prevención como efecto de aseguramiento (por ejemplo, la pena privativa de libertad busca evitar que el preso pueda cometer delitos fuera del centro penitenciario). La *dimensión simbólica del hecho delictual* es su desautorización de la vigencia de la norma (sentido: negar el orden social); la *dimensión simbólica de la pena al delito* es el mensaje de que la desautorización es irrelevante y la norma sigue vigente –como “configuración de lo social” (sentido: reafirmar el orden social).⁴⁰ En este sentido, podríamos decir, el sistema penal regular funciona con la fórmula “por la fuerza de la razón o, lo que es igual, por la razón de la fuerza”. En el derecho penal del ciudadano está en juego la noción de “delincuente común”, pues su transgresión de la ley no es política –no todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico. Jakobs:

(...) el delito no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable. Para clarificar lo dicho, imagínese que un sobrino mata a su tío, a quien está llamado a suceder, para acelerar la herencia. Ningún Estado sucumbe por un caso de estas características. Más aún, el hecho no se dirige contra la permanencia del Estado, y ni siquiera contra

³⁸ Lo que se juega bajo el rótulo “terrorismo” es el objeto último de la lógica inmunitaria del Estado, por lo que hay que pensar la definición de este rótulo en términos políticos (resistencia y desafío a la soberanía) y no en términos psicologizantes (acto de producir miedo en la población) –como ha ocurrido esto último en Chile, donde se da el caso de que la omisión de su sentido esencialmente político ha generado la indefinición máxima del término... indefinición de alguna manera funcional a la arbitrariedad de su aplicación como figura penal.

³⁹ Jakobs, opus cit., p. 22.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 23.

la de sus instituciones: el malvado sobrino pretende acogerse a su vez a la protección de la vida y de la propiedad dispensadas por el Estado. (...). El Estado moderno ve en el autor de un hecho normal, a diferencia de lo que sucede en los teóricos estrictos del contractualismo Rousseau y Fichte, no a un enemigo al que ha de destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado –de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo)– a equilibrar el daño en la vigencia de la norma. / (...). No todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico.⁴¹

En el *derecho penal del enemigo*, en cambio, se aplica la “medida de seguridad” (neutralización, prevención), es decir, una *coacción al enemigo* (no-persona, fuera de razón) por atacar con su acto o representar una amenaza no sólo para la vigencia de la norma, sino para la instancia soberana que da la medida de lo social y personal como tal. Aquí el hecho delictual y la pena aplicada al autor del hecho tienen sólo una dimensión efectual –no pretende ser portadora de significado, pues no hay vínculo de entendimiento racional con el enemigo. En este sentido, podríamos decir, el sistema penal del enemigo funciona, en el extremo más allá de los procedimientos puramente investigativos,⁴² con la fórmula “ya que no por la razón, por la pura fuerza”. Jakobs, sobre la dimensión puramente efectual de la “medida de seguridad”:

En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino que quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso. Esto quizás se advierta con especial claridad si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad (...): en este caso, la perspectiva no sólo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige –y sobre todo– hacia delante, al futuro (...). Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede –en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena.⁴³

Y más adelante, sobre la distinción entre sistema penal regular y excepcional:

El Derecho penal del ciudadano es el derecho de todos. El Derecho penal del enemigo es el de los ciudadanos que se forma contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra. (...). El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (...) combate peligros.⁴⁴

Y más adelante, sobre la figura del “terrorista” como *individuo peligroso* que se constituye como *enemigo político*:

Lo que aún se sobreentiende respecto del delincuente de carácter cotidiano, es decir, no tratarlo como individuo peligroso, sino como persona que actúa erróneamente, ya pasa a ser difícil, como se acaba de mostrar, en el caso de autor por tendencia o que está imbricado en una organización –la necesidad de reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 35-36 y 48.

⁴² Procedimientos investigativos excepcionales tales como la intervención de comunicaciones y la infiltración de agentes encubiertos. Al respecto dice Jakobs: “(...) estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado” (*ibíd.*, p. 45).

⁴³ *Ibíd.*, p. 24.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 33.

norma pasa a un primer plano– y finaliza en el terrorista, denominando así a quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden.⁴⁵

En suma, podríamos decir que el sistema penal, en sus variantes regular (del ciudadano) y excepcional (del enemigo), representa dos variedades de la fórmula *por la razón o la fuerza* –que es el lema del “escudo” de Chile, es decir, de la protección inmunitaria de su institucionalidad política clausurada sobre sí misma. El derecho penal del ciudadano opera en función de una *lógica de contradicción* (reafirmación de la norma negada por el transgresor –sin intencionalidad política), mientras que el derecho penal del enemigo opera en función de una *lógica inmunitario-preventiva* (la comunidad contra el individuo que es peligroso por negar políticamente la legitimidad de su orden jurídico).⁴⁶ El derecho penal del ciudadano se aplica a la “persona culpable” (que al menos interioriza la culpa por transgredir el orden social), mientras que el derecho penal del enemigo se aplica al “enemigo peligroso” (que no interioriza la culpa porque pone en cuestión el orden social mismo). Jakobs, sobre la lógica inmunitario-preventiva:

El Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se le combate por su peligrosidad.⁴⁷

La distinción entre estos dos tipos de sistema jurídico penal se articula sobre la base del *dispositivo de la persona*. Y es que la escala descendente que va del “delincuente común” al “enemigo político” está en proporción inversa a la inadecuación en principio respecto de la racionalidad jurídica que enmarca la *forma de vida cuya medida está dada por la instancia soberana* –esto es: “vida personal”. Jakobs en primer lugar apunta a que la condición de *persona* pasa por la “garantía cognitiva” que ofrece el viviente en términos de adecuación a aquel orden social que tiene su expresión en el dispositivo jurídico –el dispositivo de la persona se identifica con la territorialización jurídica de la vida. Dicho cortamente: *la persona es el viviente apegado a la norma*, el viviente que en su normalidad cumple con la expectativa cognitiva predeterminada por la racionalidad (λόγος) que articula el ordenamiento jurídico civil (πόλις). Así lo explica Jakobs, ejemplificando luego la decepción de la “garantía cognitiva” (expectativa de orden efectivo) con un caso de delincuencia común:

(...) la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. (...). Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. / (...). Sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real.⁴⁸

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 41.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 55.

⁴⁷ *Ibíd.*, pp. 42-43.

⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 47 y 51.

Y en otro pasaje va el ejemplo:

Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos de las personas deberían partir de que los demás se comportarán conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola. Al menos en los casos de las normas de cierto peso, que se pueda esperar la fidelidad a la norma necesita de cierta corroboración cognitiva para poder convertirse en real. Un ejemplo extremo: si debo contar seriamente con la posibilidad de ser lesionado, víctima de un robo o quizás incluso de un homicidio en un determinado parque, la certeza de estar en todo caso en mi derecho no me conducirá a entrar en ese parque sin necesidad. Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no frece una configuración social realmente susceptible de ser vivida. (...). En aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona.⁴⁹

Este ejemplo resulta plausible *prima facie*, pues se abstrae de su dimensión política al pintar el cuadro de una violencia arbitraria sin genealogía: pura violencia natural a la que el derecho como dispositivo trascendental está llamado a contener –aquí resuena la hipótesis hobbesiana. Pero más adelante el mismo Jakobs introduce la dimensión política del derecho como *estabilización jurídica de una relación de poder entendida en el sentido de la guerra*: lo que el derecho persigue garantizar es, en sentido estricto, *la seguridad cognitiva del vencedor* –la llamada “paz ciudadana”–, pues lo que el derecho asegura es la desigualdad que resulta de la resolución de una relación de poder en un estado de dominación. El derecho aparece ahora como institucionalización jurídica de la desigualdad o, si se quiere, como violencia estructural. Jakobs lo muestra aquí en un cruce de términos kantiano-hobbesianos:

No se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. Brevemente, la reflexión del legislador es la siguiente: el otro “me lesiona ya por su estado en ausencia de legalidad (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente” (Kant). Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación.⁵⁰

En la política concebida como guerra alguien tiene que triunfar y devenir soberano. El vencido debe someterse a la norma del vencedor (estado de derecho), pues de otro modo sigue siendo enemigo, individuo peligroso (estado de naturaleza). Respecto de la formación soberana históricamente vigente, el viviente o deviene *persona* (se somete) o persiste como *enemigo* (se resiste, se escapa). La seguridad se halla en la concordia del régimen estable, el peligro en el movimiento discordante de la vida rebelde. Jakobs, ligando la cuestión de la “garantía cognitiva” con la lógica política de la guerra:

Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar como un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la

⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 36-37 y 38.

⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 40-41.

seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.⁵¹

Y sobre la lógica de guerra que articula al derecho penal del enemigo, esta vez en una dimensión geopolítica:

Lo que puede llegar a suceder al margen de un proceso penal ordenado es conocido en todo el mundo desde los hechos del 11 de septiembre de 2001: en un procedimiento que ya a falta de una separación del *poder ejecutivo* con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una *administración* de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra. Aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos, con la ayuda de otros Estados en cuyos territorios hasta el momento –y sólo hasta el momento– no ha sucedido nada comparable, intenta destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros –¿delincuentes? ¿prisioneros de guerra?– muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra.⁵²

V. Los mapuche como “indios”, “pobres” y “terroristas”: El ensamble de las lógicas racista y securitaria.

Como hemos visto, el moderno tránsito del iusnaturalismo (teológico) al iuspositivismo (contractualista) no afecta la operación del dispositivo soberano-gubernamental de captura de la potencia del viviente. Que el orden social sea entendido ya no en términos de naturaleza de la norma, sino en términos de vigencia de la norma; o que los valores y la persona sean entendidos ya no como substanciales, sino como funcionales. En cualquier caso, todo ello opera en la práctica como dispositivo de captura de la potencia del viviente en una forma de vida jurídicamente territorializada. En términos político-jurídicos, el liberalismo combatió el dogmatismo teológico, pero conservó la estructura autoritaria de la comunidad cerrada en una norma cuya vigencia, sin embargo, descansa en una realidad social histórica. Se juega así el tránsito desde una época de normatividad trascendente a la de una normatividad inmanentizada –progreso de la totalización de la norma: interiorización. El iuspositivismo contractualista conservó el dispositivo de la *persona* como su núcleo biopolítico, y precisamente de su transposición desde lo estrictamente jurídico a lo político –primero “súbdito”, luego “ciudadano”– resulta la categoría moderna de “enemigo” como su reverso negativo. La doctrina de Jakobs sobre el derecho penal del enemigo no pone de manifiesto más que un resurgimiento del punitivismo político (expandir la criminalización, suprimir garantías procesales, endurecer desproporcionadamente las penas o actuar con decisión mortífera frente al enemigo), sobre la base de una partición amigo/enemigo, en orden a potenciar un mecanismo soberano-gubernamental de represión que sea capaz de mantener el sistema económico-político de dominación. Al respecto, escribe el jurista español Manuel Cancio Meliá:

La existencia de la norma penal (...) persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como “otros” no integrados en esa identidad,

⁵¹ *Ibíd.*, pp. 55-56.

⁵² *Ibíd.*, p. 46.

es decir, mediante la exclusión del “otro”. Y parece claro, por otro lado, que para ello también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escalada.⁵³

El “otro” que es objeto del derecho penal del enemigo generalmente tiene que ver con los autores de atentados, pero también puede extenderse a la protesta social, la rebelión indígena y la inmigración. En este trabajo nos interesa pensar a esta luz la reforma a la ley antiterrorista en curso en Chile, puesta en relación con la cuestión mapuche, pues tal reforma sintomatiza el ensamble entre la lógica racista y la lógica securitaria que articula la acción del Estado en este caso.

A mediados de octubre de 2015, el gobierno de la Nueva Mayoría comenzó a anunciar la búsqueda de un “acuerdo transversal” –palabras del ministro del interior, Rodrigo Peñailillo– con la derecha para reformar la ley antiterrorista. Es decir, un acuerdo de toda la comunidad democrático-consensual de las *personas* versus los excluidos en su movimiento discordante. El ministro señaló lo siguiente: “Necesitamos que sea un proyecto lo más consensuado posible, porque, claramente, frente al terrorismo se requiere el aporte y el apoyo de todos los sectores”, mientras la derecha hacía eco de ello celebrando el ánimo propicio para un “acuerdo nacional”.⁵⁴

En la nueva norma se define “delito terrorista” como “aquellos actos cometidos por asociaciones criminales o individuos, cuyo propósito es socavar el orden democrático constitucional, imponer exigencias de la autoridad, alterar gravemente el orden público o infundir temor en la población”.⁵⁵ Pero se suman “quienes no habiendo participado de la ejecución de alguno de los delitos graves, señalados en la ley, hubiesen adscrito o adherido positivamente a los propósitos concretos de perpetración de los crímenes señalados, manifestados por organizaciones nacionales o extranjeras, sea que el medio de adhesión positiva fuese electrónico, telefónico, la participación en redes sociales o cualquier otro“. Es decir, se castigan actos y discursos.

La reforma se basa en los estudios encargados a una comisión de expertos –donde la doctrina del derecho penal del enemigo de Günther Jakobs ha sido notoriamente decisiva– y en los viajes del ministro Peñailillo a Europa para “conocer las experiencias de esos países” en el campo de estas tecnologías penales excepcionales. Finalmente, las normas alemanas y españolas terminaron siendo las principales inspiraciones del proyecto chileno que será discutido en el Congreso –la tendencia socialdemócrata europea es que, en vez de generar un “derecho penal del enemigo” aparte del “derecho penal del ciudadano”, inoculan la excepcionalidad del primero en el segundo, haciéndolo más represivo. De hecho, según lo que expresa el borrador del proyecto, el gobierno chileno buscará poner fin a la Ley Antiterrorista como una legislación especial e incorporarla dentro del Código Penal. En este sentido, si bien siguen a Jakobs en el espíritu del derecho penal del enemigo, desconocen

⁵³ Cancio Meliá, “¿Derecho penal del enemigo?”, en Jakobs & Cancio Meliá, «Derecho Penal del enemigo», Editorial Civitas, Madrid, 1^o2003, p. 78.

⁵⁴ Diario La Tercera, 15 de octubre de 2014.

⁵⁵ En el Ministerio del Interior explican que la idea de agregar el “terrorismo individual” busca combatir los actos terroristas realizados por “grupos anarquistas que carecen de una estructura definida, como parte de su raíz ideológica”. Esta iniciativa del Ejecutivo permitiría tipificar como delito terrorista la actuación individual y solitaria de una persona, sin necesidad –como en la actualidad– de vincularlo a una asociación ilícita.

sus advertencias acerca de lo riesgoso que es mezclar el derecho penal regular con el derecho penal excepcional. Cancio Meliá, a propósito de la hipocresía de las socialdemocracias de Europa que no reconocen abiertamente su política como “relación de guerra” (partición amigo/enemigo, excepcionalidad) –como sí lo hace Estados Unidos–, escribe:

[Es preciso] que las medidas represivas que contienen esos sectores de regulación de “Derecho penal” del enemigo sean trasladadas al sector que en Derecho corresponde, y con ello, también al ámbito de discusión política correcto: a las medidas en estado de excepción. En este caso, llamar las cosas por su nombre tiene importancia. (...) A diferencia del discurso que parece predominar en EE.UU. –en el que se reconoce abiertamente que se trata de una “guerra” en la que no importa ni siquiera la apariencia jurídica–, en la *vieja* Europa (y en España) los agentes políticos que impulsan estas medidas lo hacen bajo el estandarte de una pretendida y total “normalidad constitucional”.⁵⁶

La fusión de tipos de sistema penal –sistema penal regular y sistema penal del enemigo– hace más represivo el sistema regular, inoculando subrepticamente en él la pragmática de la excepcionalidad. Jakobs, a su vez, señala a propósito de la confusión de los dos tipos de sistema penal:

(...) quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos “guerra” y “proceso penal”.⁵⁷

Es decir, este es el peor escenario posible, pues al difuminar el perfil de las figuras, todos podemos ser potencialmente rotulados como “terroristas” –ahí es cuando comienzan a detener gente por su actividad en las redes sociales, por su participación en manifestaciones de protesta social, o cuando ciertos juristas comienzan a exigir la detención de ciertos profesores universitarios.⁵⁸ En el caso de los mapuche, el “autoritarismo” excepcionalista de la *política excepcional/inmunitaria* del Estado de Chile implica la partición amigo/enemigo que se expresa en su proyección como enemigo en virtud de un *imaginario civilizacional-biológico* (racismo) y de un *imaginario político-securitario* (terrorismo).

⁵⁶ Cancio Meliá, opus cit., pp. 16-17.

⁵⁷ Jakobs, opus cit., p. 42.

⁵⁸ En el blog del diario El Mercurio del día miércoles 24 de septiembre de 2014, Gonzalo Rojas –jurista y académico de la Pontificia Universidad Católica de Chile– escribió una nota titulada “¿*Quiénes promueven la violencia?*”, donde sostiene que “hay quienes animan a sus alumnos a las aventuras de la sangre mientras ellos permanecen cómodamente sentados en una cátedra universitaria”. Rojas le achaca la responsabilidad última de un misterioso atentado explosivo ocurrido unos días antes en una estación de metro en Santiago a los profesores universitarios que “han diseminado entre sus alumnos la existencia de una supuesta violencia estructural” y a “los divulgadores de Fanon”, profesores que serían “promotores de la violencia revolucionaria” a los que habría que denunciar y a quienes la policía y los tribunales deberían perseguir. También habría que hacerlo, según el jurista y académico, con los que enseñan a Nietzsche y a Gramsci. Rojas hace eco así de una forma de imaginación política violentamente autoritaria que dibuja un arco de vinculación causal que va desde los que ponen bombas (efectos) hasta los que piensan (causas) en común y críticamente respecto del orden económico-político instalado. El “terrorismo” sería de ese modo un espectro que cubre desde las bombas hasta el carácter de-estructivo del pensamiento que se abre desde un desacuerdo radical. Lo de Rojas se trata entonces del eco de una lógica mortífera, de una racionalidad que está a la base de todas las “pacificaciones” de las que da cuenta nuestra historiografía.

Por una parte tenemos el *imaginario civilizacional-biológico* –el imaginario del **racismo**– que opera una “ruptura entre unos y otros” que implica no sólo distinción identitaria (razas diferentes), sino también jerarquía y antagonismo (suprematismo belicoso de una raza por sobre otras). El racismo, en el eje gubernamental biopolítico, rinde como asimilación, dominación económica, abandono, dejar morir. En el eje soberano thanatopolítico, el racismo es “condición de aceptabilidad de la matanza”⁵⁹ –en orden al sometimiento o aniquilación de los vivientes considerados *otros*.

Pero esto se yuxtapone con otro imaginario moderno. En virtud de un *imaginario político-securitario* –el imaginario del **terrorismo**–, que se anuncia ya en el siglo XVI con Hobbes, pero que se acentúa hiperbólicamente desde la segunda mitad del siglo XX, tenemos hoy una política que consiste en matar al enemigo bajo el pretexto de llevar adelante una “guerra contra el terrorismo”, en nombre de la seguridad vital de la propia comunidad. Sobre la fusión entre guerra y política, escribe el pensador camerunés Achille Mbembe que en ésta se juega:

(...) la percepción de la existencia del Otro como un atentado a mi propia vida, como una amenaza mortal o un peligro absoluto cuya eliminación biofísica reforzaría mi *potencia de vida* y de *seguridad*.⁶⁰

Y más adelante, respecto de la definición de lo político como una “relación guerrera” entre los hombres:

La idea de que la racionalidad propia de la vida pase necesariamente por la muerte del Otro, o que la soberanía consista en la voluntad y capacidad de matar para vivir.⁶¹

En consonancia con todo ello, en Chile opera una **lógica racista** que pone a la forma de vida mapuche como una forma de vida diferente e inferior a la occidental, y una **lógica securitaria** que los pone como “enemigos políticos”, es decir, como “terroristas”, precisamente por desafiar la colonialidad del orden político-económico apuntalado por la soberanía estatal-nacional chilena. Los mapuche “radicalizados y hostiles” desafían la soberanía territorial chilena –reclaman territorio y autonomía (reivindicación política), no tierras y asistencia (reivindicación económica)– y también al patrón de acumulación del capital forestal y energético local y transnacional, desbaratando así la misma temporalidad del progreso capitalista al resistirse y rebelarse –es el caso de los “indios malos”, que son los que “no se dejan civilizar”, animales indóciles, *resto ingobernable*.⁶²

En el párrafo IV de este trabajo hicimos una referencia –sin mayor desarrollo– al terrorismo como subversión del dispositivo *Estado* → *orden social* → *persona*. ¿En qué consiste este dispositivo? En una conferencia que ofreció en Uruguay el año 2011, Günther Jakobs partía planteando el siguiente aserto: *la decisión política de matar debe ser recogida*

⁵⁹ Cfr. Foucault, «*Defender la sociedad. Curso en el Collège de France, 1975-1976*», traducción del francés al español por Horacio Pons, Editorial F.C.E., México, 2000, p. 230 y ss.

⁶⁰ Mbembe, «*Necropolítica / Sobre el gobierno privado indirecto*», traducción del francés al español por Elisabeth Falomir, Editorial Melusina, Santa Cruz de Tenerife, 2011, p. 24.

⁶¹ Mbembe, opus cit., p. 25.

⁶² Díaz, «*Platón y el Wallmapu. Soberanía y violencia en el conflicto chileno mapuche*», en *Revista Actual Marx Intervenciones*, n° 14 (2013), pp. 211 y ss.

del ámbito social. Mientras la decisión estatal de matar remite al “orden político”, el ámbito social remite al “orden económico” –orden social que implica una norma antropológica, la sujeción a una forma de vida que constituye el espíritu del “bien jurídico”. La modernidad es así la época en que la política se halla subsumida en la economía. Para hacer esto inteligible, Jakobs introduce la triada *Estado* → *orden social* → *persona*. Se trata de una lógica jurídica que pone en juego una trama de relaciones entre los conceptos de *persona* (animal capturado en una forma-de-vida), *sociedad* (forma-de-vida, orden económico-político, función de socialización) y *Estado* (sistema normativo, institución del “bien” jurídico y sistema penal).

Para Jakobs, la persona es algo distinto del ser humano, dado que éste es el resultado de procesos naturales y la persona es un producto social que se define como la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados –social y estatalmente– a través de un cuerpo y de una conciencia. La “persona”, en cuanto *sujeto*, es un viviente singular en el que se realiza el universal de la ley mediante una serie de tecnologías de orientación, disciplinamiento y control social (socialización). La “sociedad” es la gramática del orden económico-político vigente, una racionalidad, una forma de vida (orden social). El “Estado” es el garante de este orden social, la máquina que lo instituye como ley y pone la fuerza de la ley –para que ésta se realice efectivamente en la práctica, para reafirmarla punitivamente cuando es transgredida, para asegurarla frente al peligro de quienes la amenazan en virtud de un desacuerdo radical. La persona encarna, por lo tanto, un orden social apuntalado por el Estado –pero cuya medida está dada por “la sociedad”, es decir, no por el propio Estado, sino por el agenciamiento del Capital mediante lo que podríamos llamar el ensamble político-empresarial (Estado-Capital). De tal modo que la persona no nace como tal, sino que se constituye por *socialización* –y en este sentido la persona implica a la sociedad: el orden social es anterior a la persona, que no es sino un individuo normalizado en el orden económico-político. Por consiguiente, la “persona” es el *subiectum*, pero ya no en el sentido en que aparece desde el derecho romano hasta Hobbes –en la figura del esclavo y luego el súbdito, sujetados por un derecho heterónomo (*alieno iuris subiectum*)–, sino en el sentido en que aparece sobre todo desde Kant en adelante: en la figura de un “sujeto autónomo”, es decir, de un sujeto que ha *interiorizado la norma*.

El derecho penal, según infiere Jakobs, debe entonces garantizar la *existencia social* –es decir, la “comunidad de personas”–, conjurando el “miedo” (impredecibilidad cognitiva: inseguridad) mediante la guerra a los que amenazan el orden social vigente que hace posible la vida personal. Según Jakobs, toda persona requiere para su socialización de una sociedad como “comunidad cultural” (racionalidad compartida) y de su garantía por parte de un Estado en funcionamiento. Jakobs piensa esto específicamente sobre el fondo del pensamiento jurídico liberal ilustrado: *hay que defender a la persona privada, pero ello implica defender a la sociedad que la socializa* –su matriz de crianza: todo modelo teológico o económico implica una norma antropológica, una forma de vida a imagen y semejanza de Dios en el orden jerárquico de la creación o adaptada a la racionalidad jerárquica de la desigualdad que impone el Capital. Sin embargo, para esta línea de fuerza de pensamiento iusfilosófico moderno el “bien jurídico” que sanciona el derecho no es un “bien etéreo y teológicamente trascendente” (eternidad divino-natural), sino un bien que se define a partir de “valoraciones sociales concretas” (historicidad social): lo *positivo*, lo socialmente valioso en su contexto y en su tiempo, base para la pragmática del *consenso*

liberal. Por lo tanto, aquí la expresión “defender y proteger a la sociedad” significa: *autoinmunización* de un orden moral-económico-político (la trama del dispositivo *persona-sociedad-Estado*). Defender la sociedad es proteger el dispositivo de *socialización*: sujeción/personalización, *producción de seres humanos*. Defender a la sociedad es así defender a la persona. La doctrina de Jakobs sobre el derecho penal del enemigo es así una consumación jurídica del “humanismo” como captura de la potencia del viviente por el dispositivo biopolítico, es decir, por una *tecnología de crianza y doma de humanos*. Los mapuche que se resisten y rebelan a la doma resultan ser a esta luz las “malas crías”, animales hostiles e indóciles a la domesticación, bárbaros y salvajes: son los “indios malos”, refractarios a la civilización y enemigos del progreso de la humanidad.

En este sentido me parece importante al menos contribuir a la elaboración de una crítica de la filosofía del derecho que articula el funcionamiento del dispositivo jurídico penal del Estado-Capital, que es el que castiga a la resistencia de los mapuche en el Wallmapu, y que es la filosofía del derecho que articula básicamente la reforma de la ley antiterrorista que el gobierno de la Nueva Mayoría lleva adelante hoy en Chile, buscando consensos con la derecha. En todo este asunto se observa muy nítidamente la articulación entre soberanía y gobierno en el plano jurídico penal, considerando la complejidad en juego entre lógica racista (lógica de la animalización y exclusión) y la lógica securitaria (lógica represivo/preventiva). Mientras que el de *persona o ciudadano* es un *concepto jurídico-gubernamental positivo* que define al viviente en cuanto capturado en una racionalidad, en una forma de subjetividad, el de *enemigo o terrorista* es un *concepto jurídico-político negativo* que define a un viviente que se constituye como resto ingobernable por resistirse y rebelarse al orden político-económico apuntalado por el Estado: es un enemigo político porque en su rebeldía desafía el orden soberano y se niega a vivir según la racionalidad que éste impone y que se expresa en el orden jurídico vigente.

Históricamente, los dispositivos biopolíticos que han dado la medida de lo humano han sido sucesivamente: *la teología, el derecho y la economía*. Hoy día el dispositivo de la persona no se juega sólo como dispositivo teológico y jurídico, pues habitamos en una época en que lo político (o lo teológico-político-jurídico) se halla completamente subsumido en la economía y el capitalismo es la religión –como advertía Walter Benjamin. Y en Chile –país eurocéntrico, autoritario y capitalista–, los mapuche no sólo desafían a la soberanía política del Estado, sino también al Capital con su temporalidad y su norma antropológica.

Podríamos decir entonces que, en una modalidad secularizada, lo que articula la violencia estatal-nacional chilena en el Wallmapu es, en el plano jurídico-penal, un imaginario “angelológico” de la *desobediencia* y la *individualización del mal*. Unas palabras de Cancio Meliá al respecto:

[Lo que hay es] una cruzada contra malhechores archimalvados. Se trata, por lo tanto, más de “enemigos” en este sentido pseudoreligioso que en la acepción tradicional-militar del término. En efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primera vista una calificación como “otro”, no es, en realidad, una identificación como fuente de peligro, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar, sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización, y ¿qué otra cosa es Lucifer sino un ángel caído (uno de

cuyos nombres es, precisamente, el *Enemigo*)? / (...). El Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino que demoniza a determinados grupos de infractores. En consecuencia, el Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino un Derecho penal del autor.⁶³

* * *

La antinomia fundamental del humanismo occidental es que, *mientras predica la misma dignidad para todos los seres humanos, al mismo tiempo divide a los seres humanos entre personas y no-personas*. Así resulta que sólo las personas son dignas –vínculo entre *persōna* y *dignitās*–, siendo “persona digna” aquel viviente que se sujeta a una forma de vida que se configura “a imagen y semejanza” del dios de turno. Si en la época de la subsunción de la política en la economía la soberanía la ejerce el Capital –o como dice Agamben, “Dios no ha muerto, ha devenido Dinero”⁶⁴–, entonces vivimos en una época cuya constelación y horizonte de sentido lleva el sello de una “filosofía de la historia del capital” y de un “humanismo del capital”. Pues si la realización de la forma humana tiene un sentido, entonces la historia también lo tiene; y a la inversa, si la historia tiene un sentido, también lo tiene la realización de la forma humana. Esta teleología histórico-humanista tiene así, como anverso, una *temporalidad del progreso*, y como reverso una *lógica sacrificial*⁶⁵ –el sacrificio de lo animal en pos de lo humano.

En este sentido los mapuche son proyectados por la lógica soberano-gubernamental chilena como animales sacrificables. En el Occidente moderno, democrático y liberal, la diferencia es tolerada mientras esté integrada, es decir, mientras no amenace el núcleo de su política teo-onto-antropológica: el patrón de acumulación, su temporalidad del progreso y su espacialización expansiva. En ese horizonte los mapuche en Chile aparecen como “indios”, como “pobres” y como “terroristas”. Aparecen básicamente como “indios”, de acuerdo a la *lógica de la colonialidad* que se expresa en la forma del **racismo**: son vivientes extraños a la civilización occidental. Desde ahí pueden aparecer como “pobres” en la dimensión de la **economía** (se sitúan fuera del régimen de producción capitalista, se niegan a vivir de un modo capitalista) y como “terroristas” en la dimensión de la **política** (se sitúan fuera y desafían a la soberanía estatal-nacional chilena).

Los mapuche aparecen, en definitiva, como un obstáculo al progreso del patrón de acumulación capitalista (temporalidad del “desarrollo”, filosofía de la historia del capital y su correspondiente norma antropológica), quedando en la práctica sustraídos de la calidad de “persona” (*hūmānitās*) y sometidos a la exclusión/excepción como *enemigos políticos*. Nuestra hipótesis de trabajo es que, si en la política se juega básicamente la decisión sobre *lo humano* (sobre lo que es humano y lo que no lo es, sobre la diferencia entre hombre y animal), si esto es así, la noción de “enemigo político” (como enemigo de la humanidad) ya estaba implícita desde el comienzo en la biopolítica occidental (en su *humanismo*), y se

⁶³ Cancio Meliá, opus cit., pp. 87-88 y 93-94.

⁶⁴ Cfr. Agamben, «*Dios no ha muerto, ha devenido Dinero*», entrevista con Peppe Salvá (Diario Ragusa News, Sicilia, 16 de agosto de 2012), traducción del italiano al español por Gonzalo Díaz Letelier, publicado en el blog “*Machina et subversio machinae*” (7 de diciembre de 2012, ver enlace en bibliografía).

⁶⁵ Villalobos-Ruminott, «*Soberanías en suspenso. Imaginación y violencia en América Latina*», Ediciones La Cebra, Lanús, 2013, p. 21 y ss.

vuelve explícita desde Hobbes en la filosofía política (con la doctrina sobre el *enemigo político* como rebelde a la soberanía) y más tarde en el derecho penal y el discurso de la criminología que lo sustenta (con la emergencia de la noción de *individuo peligroso*).

* * *

BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, Giorgio. «*Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida*», traducción del italiano al español por Antonio Gimeno, Editorial Pre-Textos, Valencia, ¹1998.

AGAMBEN, Giorgio. «*La obra del hombre*», en “La potencia del pensamiento. Ensayos y conferencias”, traducción del italiano al español por Fabián Lebenglik, Editorial Adriana Hidalgo, Buenos Aires, ¹2007.

AGAMBEN, Giorgio. «*Dios no ha muerto, ha devenido Dinero*», entrevista con Peppe Salvá (Diario Ragusa News, Sicilia, 16 de agosto de 2012), traducción del italiano al español por Gonzalo Díaz Letelier, publicado en el blog “Machina et subversio machinae” (7 de diciembre de 2012):
<http://contemporaneafilosofia.blogspot.com/2012/12/entrevista-giorgio-agamben-16-08-2012.html>

ARISTÓTELES. «*Πολιτικόν*», texto griego editado por Immanuel Bekker, Longmans Green Press, London, ¹1877.

BENJAMIN, Walter. «*Zur Kritik der Gewalt*», en „Gesammelte Schriften“ (vol. II), Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, ¹1991.

BUTLER, Judith. «*Mecanismos psíquicos del poder. Teorías de la sujeción*», traducción del inglés al español por Jacqueline Cruz, Editorial Cátedra, Madrid, ¹2001.

DÍAZ, Gonzalo. «*Platón y el Wallmapu. Soberanía y violencia en el conflicto chileno mapuche*», en Revista Actual Marx Intervenciones, nº 14 (2013), pp. 211-234.

DUQUE, Félix. «*Contra el humanismo*», Abada Editores, Madrid, ²2009.

ESPOSITO, Roberto. «*El dispositivo de la persona*», traducción del italiano al español por Heber Cardoso, Editorial Amorrortu, Buenos Aires, ¹2011.

FICHTE, Johann Gottlieb. «*Fundamentos del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*», traducción del alemán al español por José Luis Villacañas, Manuel Ramos y Faustino Oncina, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, ¹1994.

FOUCAULT, Michel. «*Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*», traducción del francés al español por Aurelio Garzón, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, ¹2004.

FOUCAULT, Michel. «*Defender la sociedad. Curso en el Collège de France, 1975-1976*», traducción del francés al español por Horacio Pons, Editorial F.C.E., México, ¹2000.

GAYO. «*Institutionum*», edición bilingüe latín-español, traducción del latín al español por Antonio Cabrera, Imprenta de la Sociedad Tipográfica y Literaria, Madrid, ¹1845.

HEIDEGGER, Martin. «*Carta sobre el humanismo*», en “Hitos”, traducción del alemán al español por Arturo Leyte y Helena Cortés, Editorial Alianza, Madrid, ¹2000.

HOBBS, Thomas. «*Leviathan, or the matter, forme & power of a Common-Wealth ecclesiasticall and civill*», Oxford University Press, London, ¹1909.

JAKOBS, Günther & CANCIO MELIÁ, Manuel. «*Derecho Penal del enemigo*», traducción del alemán al español del texto de Jakobs por Manuel Cancio Meliá, Editorial Civitas, Madrid, ¹2003.

KANT, Immanuel. «*Kritik der praktischen Vernunft*», Reclam Verlag, Stuttgart, ¹1961.

KANT, Immanuel. «*Die Metaphysik der Sitten*», en Kants Werke Akademie-Textausgabe, vol. VI, Walter de Gruyter, Berlín, ¹1907.

KANT, Immanuel. «*Sobre la paz perpetua*», traducción del alemán al español por Joaquín Abellan, Editorial Tecnos, Madrid, ⁶1998.

KARMY, Rodrigo. «*Políticas de la excarnación. Para una genealogía teológica de la biopolítica*», Editorial Universitaria Unipe, Buenos Aires, ¹2014.

MBEMBE, Achille. «*Necropolítica / Sobre el gobierno privado indirecto*», traducción del francés al español por Elisabeth Falomir, Editorial Melusina, Santa Cruz de Tenerife, ¹2011.

NIETZSCHE, Friedrich. «*Así habló Zaratustra. Un libro para todos y para nadie*», traducción del alemán al español por Andrés Sánchez Pascual, Editorial Alianza, Madrid, ²⁴2000.

PLATÓN. «*Πολιτικός*», en Platonis Opera, tomo I, texto griego editado por John Burnet, Oxford University Press, Oxford, ¹1903.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. «*El contrato social, o principios del derecho político*», traducción del francés al español por María José Villaverde, Editorial Tecnos, Madrid, ⁴1999.

SLOTERDIJK, Peter. «*Normas para el parque humano. Una respuesta a la ‘Carta sobre el humanismo’ de Heidegger*», traducción del alemán al español por Teresa Rocha, Ediciones Siruela, Madrid, ⁴2006.

VILLALOBOS-RUMINOTT, Sergio. «*Soberanías en suspenso. Imaginación y violencia en América Latina*», Ediciones La Cebra, Lanús, ¹2013.