

El derecho penal del enemigo en el ámbito del cambio de los paradigmas de control. Aproximaciones político-criminales.

Agustina Iglesias Skulj
Universidad de A Coruña

Resumen: Este artículo se estructura con base en la crítica al derecho penal del enemigo bajo las nuevas racionalidades bajo las que se programa la política criminal actual. Esta perspectiva se desenvuelve a partir de la hipótesis del declive del Estado Nación y el consiguiente cambio de paradigma en los sistemas de control. Con estos antecedentes, la tesis de la que parte Günther Jakobs para construir un derecho penal del enemigo como herramienta válida a fin de evitar la contaminación con el derecho penal de ciudadano se muestra infructuosa, no sólo en términos de legitimidad y validez correspondiente a un Estado de derecho, sino desde un punto de vista político-criminal que analice los cambios materiales y formales en el ejercicio y en el discurso a partir del cual se estructura y legitima el ejercicio del poder punitivo.

Palabras clave: derecho penal del enemigo-derecho penal de ciudadanos-excepción-legitimidad-soberanía.

1. Introducción

“Al dejar de ser pensada, la diferencia se disipa en el no-ser”¹

Luego de transcurridos algunos años, tantas obras y artículos escritos sobre esta temática parece, a primera vista, que ya no forma parte del actual debate político-criminal la discusión sobre el derecho penal del enemigo. Sin embargo, dado el devenir securitario de las políticas criminales en el contexto del tendencial declive del Estado social, goza de actualidad el debate y revela la necesidad de repensar las coordenadas de aplicación y de interpretación de la política criminal. En efecto, es necesario todavía establecer un método que logre sustraer el debate del planteamiento dialéctico a través del cual se diagrama y articula la política criminal. El tipo de problematización de las cuestiones securitarias es el resultado malogrado de la estrategia emergente de la oposición planteada entre la seguridad y las garantías, circunscritas al plano de la eficacia. En efecto, el debate queda truncado por una falaz antinomia por medio de la cual queda homogeneizada (Foucault 2008:61) la discusión respecto del *status* actual de la ley penal, que es lo que necesita ser pensado, discutido y (re)articulado.

No obstante la distorsión emprendida por el discurso, el nuevo estatuto de la ley penal puede ser enmarcado en un campo donde se producen transversalidades, movimientos y encuentros siempre diferentes. Dentro de la racionalidad actual, pueden resaltarse dos fenómenos de gran importancia para el análisis: el devenir simbólico del Derecho penal y el neo-punitivismo, que engendrarán, según afirma Cancio Meliá (2006, 93) el denominado derecho penal del enemigo.

El surgimiento de esta categoría de análisis, acuñada por Jakobs para *describir*² los derroteros por los cuales avanza y se ejerce la potencia punitiva, no sólo admite

¹ Este artículo se ha desarrollado en el marco del Proyecto Medidas alternativas á privación de liberdade: riscos e beneficios (Código 10PXIB101082PR) financiado por la Consejería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia.

² Deleuze(2002a: 389).

³ Jakobs (2006c: 109) en este sentido, afirma que “en la búsqueda de respuesta a esta pregunta tampoco formularé postulados de política legislativa, sino que *describiré* cómo el Derecho vigente distingue entre

diatribas desde su confrontación con los principios del Estado de Derecho. En este sentido, la crítica podría estructurarse a partir de las mutaciones de la soberanía producidas por los movimientos globalizadores que tienden a agotar el Estado-Nación. Fundamentalmente, lo que se agota, es la potencia estatal de instituir un tipo de subjetividad que es el ciudadano. Desaparece, porque cambia la naturaleza misma del poder: en la sociedad postfordista³ el control no se ejerce exclusivamente por medio de un poder ejecutado desde los aparatos represivos, sino por medio de la conexión a través de las redes de información. De este modo, la dominación ya no se ejerce por medio de un poder represivo, sino por medio de controles modulables, más sofisticados, menos perceptibles ya que este tipo de control no se despliega desde un centro de acumulación de poder ni en función de un proyecto ideológico. Es un control de hecho -por lo tanto altamente caótico- producido por las nuevas tecnologías de poder⁴.

En la fluidez actual, sin embargo, hay que tomar en cuenta también, los rasgos del poder soberano que perduran en la conformación de nuevas formas de legitimidad del Estado postmoderno y de sus mecanismos de control, sólo que lo hacen bajo otra racionalidad. Esta latencia impulsa a que la gramática moderna del poder, deba ser (re)semiotizada a partir de otros elementos que introduce la porosidad, la flexibilidad y la reversibilidad del poder punitivo actual.

Tomando en cuenta fundamentalmente el carácter transitorio de esta época, este artículo, *grosso modo*, se orienta a visitar la teoría de Jakobs desde conceptos provenientes de la filosofía de Gilles Deleuze en *Diferencia y repetición*⁵ como herramienta para visualizar las mutaciones de la soberanía postmoderna y, en todo caso, la “repetición” de rasgos de legitimación que pertenecen a otro tiempo: el moderno. En este sentido, las legislaciones penales *emergentes* configuran un nuevo paradigma de racionalidad gubernamental que traza confines en espacios líquidos en los cuales se despliegan los mecanismos y las tecnologías de poder.

En efecto, con estos antecedentes, sería desacertado explicar las mutaciones que los procesos globales producen en la soberanía únicamente en términos espaciales. Resulta más apropiado, por tanto, abordar estos cambios desde una dimensión temporal como herramienta epistemológica para cartografiar las tendencias de las tecnologías de un control menos localizado, renovadamente biopolítico, más difuso, “en el que la

la punición de un ciudadano que cometido un delito y el trato con un enemigo”, el subrayado no pertenece al original.

³ De Giorgi (2006: 131-132) describe una racionalidad postfordista, esto es, “una racionalidad cada vez más ajena a la complejidad de lo real, incapaz de penetrar la materia sobre la cual ejerce dominio, que abandona el intento de regular las fuerzas sobre las cuales despliega su control y se limita a reducir al mínimo las potencialidades que no controla. Es precisamente la creciente dificultad de distinguir al desviado del precario, al criminal del irregular, al trabajador de la economía ilegal del de la economía informal, lo que determina el reagrupamiento de tal diversidad en términos de clases peligrosas. Salta a la luz aquí, según creo, la similitud entre un poder de control incapaz de ejercer cualquier función disciplinaria de transformación de los sujetos y una racionalidad capitalista que, igualmente distante de las dinámicas de la productividad social, se proyecta sobre la fuerza de trabajo como un puro control externo”.

⁴ Deleuze (2002: 198-199).

⁵ Deleuze(2002a: 53). El autor nos permite hablar de repetición “cuando nos encontramos frente a elementos idénticos que tienen absolutamente el mismo concepto. Pero entre estos elementos discretos, entre estos objetos repetidos, debemos distinguir un sujeto secreto que se repite a través de ellos, verdadero sujeto de la repetición”, sin embargo es aún más importante llegar a “distinguir dos formas de repetición. De todos modos la repetición es la diferencia sin concepto. Pero en un caso, la diferencia se plantea simplemente como el exterior al concepto, como diferencia entre objetos representados bajo el mismo concepto, que caen en la indiferencia del espacio y el tiempo. En el otro caso, la diferencia es interior a la Idea; se despliega como puro movimiento creador de un espacio y de un tiempo dinámicos que corresponden a la idea”.

mutación del orden jurídico aparece como elemento constituyente” (Brandariz/Faraldo 2006: 34).

Las coordenadas de producción del *nuevo “orden jurídico”* se inscriben en la normalización de la emergencia (De Giorgi 2006)⁶ o, como hipotiza Giorgio Agamben “la excepción se ha convertido en el paradigma del gobierno biopolítico” (2004: 11). La invocación de Carl Schmitt cuando se habla de estado de excepción es algo recurrente en la literatura de los últimos años, no obstante aquella resulta incompleta si no tenemos en cuenta las mutaciones de los diagramas de poder *entre* los que se inscribe. Schmitt definió la soberanía como la capacidad de establecer un espacio jurídico diferenciado mediante la declaración de la enemistad, una decisión a través de la cual *el derecho del enemigo* encontraba legitimidad en el espacio de la soberanía.

Sin embargo, en la actualidad, el carácter *normal* de la excepción requiere un análisis diferente. La construcción del enemigo en la actualidad cumple la función (también del Estado Nación) de obtener consenso frente a las estrategias securitarias sólo que lo hace en el contexto del tendencial agotamiento de, al menos dos, de las ficciones operativas del Estado-nación: la relación legitimidad -soberanía y de la “ciudadanía”. Según Antonio Negri (2006: 70), lo que caracteriza al estado de excepción es el “intento exasperado de reintroducir los viejos criterios de medida fundados no en la productividad de los sistemas, en la participación de los sujetos o en la articulación de las interdependencias, sino solamente en la base del mantenimiento de los privilegios y de la reproducción del poder dado. En el lugar de la normatividad de las estructuras productivas y del carácter funcional de su jerarquía (poco importa, por otra parte, que se trate de una mistificación: de hecho se trataba de una mistificación eficaz), se coloca entonces el ejercicio de la fuerza de policía a nivel global”.

Los puntos de vista expuestos sobre el contexto de la emergencia y el cambio de paradigma del ordenamiento jurídico, nos permiten elaborar una crítica de los presupuestos cuestionables desde los que parte Jakobs (2006b) para componer una renovada teoría de la pena de carácter retributivo-funcional anclada en el paradigma de soberanía moderna.

En efecto, el punto de partida desde el cual la legislación excepcional deviene en una sistematización dogmática, será confrontado con la tesis propuesta por Agamben (2004:11), esto es, que actualmente la *excepción* se ha vuelto la forma de gobierno *normal*. Tomando como punto de partida el carácter no acotado de la excepción se pueden emprender otro tipo de aproximaciones a la propuesta dogmática de Jakobs. Esto involucra el cuestionamiento, en primer lugar, de la hipótesis básica de la que parte el autor, esto es, la construcción de la categoría de un derecho penal para *no personas* con la intención de contener el riesgo de contaminación que amenaza al derecho penal de ciudadanos⁷.

2. Evolución del derecho penal del enemigo en Jakobs

Las razones que expone Jakobs para la incorporación a los ordenamientos jurídicos actuales de normas que corresponden al derecho penal del enemigo son dos: el

⁶ El autor afirma que la normalización se da en dos momentos: primero, en la medida en que las situaciones de emergencia son cada vez más frecuentes, las medidas excepcionales propuestas perduran al imperativo de su imposición; segundo, todo ello conduce a la permanencia de esas medidas dentro de los ordenamientos, es decir, se introducen en el ámbito de la normalidad.

⁷ Jakobs, G., (2006c: 114).

enemigo amenaza la pervivencia de la *sociedad*, porque representa un riesgo⁸ para el orden social, y la segunda, como consecuencia de ello, es que el enemigo se autoexcluye mediante sus actos de los “beneficios” que le conferiría el comportarse de conformidad con las normas, es decir, ostentar el *status* de ciudadano.

A partir de aquella explicación, de lo que se trata es de lo óptimo en la práctica, es decir, que el derecho penal del enemigo deberá estar limitado a lo *necesario*, “y ello con completa independencia del mandato racional preexistente de limitar la violencia física por sus efectos secundarios corruptores” resultando imprescindible porque “es fácil llegar a un acuerdo acerca de un mundo ideal, pero con ello nada se ha ganado para la vida en el mundo real” (Jakobs 2006c: 116).

La distinción entre los “dos derechos penales” se efectúa mediante una *alteración en el orden de la intervención en los eventos*. Así el autor explica que existen actividades especialmente peligrosas que justificarían una reacción desmedida por parte del ordenamiento jurídico por medio de penas que logren disuadir al infractor. Por consiguiente, estima que es tarea principal mantener un derecho penal del enemigo como mejor fórmula para conservar el Derecho penal de ciudadanos (Jakobs 2006c: 116).

En la primera exposición sobre el Derecho penal del enemigo en 1985 Jakobs (1997: 237 s.; 2006a: 48) no hizo referencia a la guerra, sino que aludió a la tendencia registrada en la legislación de adelantamiento de la punición del estadio previo a la lesión que, en cuanto tal, desconoce el *status* de ciudadano por atentar contra esferas de libertad. La función que cumplía en origen el concepto era ofrecer una explicación dogmática de determinados tipos de la parte especial, con la dureza punitiva que los caracteriza, en los cuales el adelantamiento no supone una disminución de la pena. No obstante ser ambiguo en su denominación, era factible en ese momento que el concepto sirviera como parámetro político criminal de deslegitimación⁹.

En aras de fijar límites materiales a las *criminalizaciones en el estadio previo* a la lesión de un bien jurídico, Jakobs afirmaba que sólo un comportamiento que va más allá de la esfera privada puede ser relevante para el Derecho penal. En virtud del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, sólo serán legítimas aquellas conminaciones que respeten la esfera privada del ciudadano. En este sentido, sólo podrá considerarse un comportamiento que perturbe objetivamente, de modo que produzca un resultado exterior, porque el dato subjetivo no puede fundamentar la punición (Greco 2006:1084).

⁸El riesgo es un constructo normativo, en tanto producto de la combinación de los materiales epistemológicos, políticos, y subjetivos de un determinado momento y lugar. Actualmente la legitimidad pretende derivarse de la retórica estructurada en el caos al que nos enfrentaríamos en caso del desmoronamiento de las instituciones que ejercen el poder. En este contexto, Jakobs busca la producción de seguridad a partir de la obediencia y el terror frente al estado de naturaleza –caracterizado en la actualidad por la globalización- y el dominio del sistema económico que exigirían –según esta gramática de control- a la ciencia penal “efectividad” en la protección de bienes jurídicos asimilados ahora con las normas que mantienen el ejercicio de poder. Porque según afirma el autor en comentario, una “sociedad consciente de los riesgos” “no tendría otra alternativa que construir un Derecho penal del enemigo” para aquellas personas que se han alejado permanentemente del Derecho.

⁹ Muchos autores señalan el cambio de la deriva teórica de Jakobs, situándola en la diferencia que va formulando el autor a medida del avance de sus escritos a partir del año 1985, fecha en la cual incorpora en la doctrina su construcción y luego en 1999 y 2003 y en sus últimos escritos en donde puede leerse una postura que legitimaría en última instancia el abuso por parte del Estado al recurso del *ius puniendi*, ello por entender que los límites y facultades estarán marcadas por el temor que se tenga hacia el enemigo.

En una segunda fase¹⁰, el derecho penal del enemigo alcanza una nueva dimensión, y se convertirá en el elemento estructural de la teoría del Derecho penal y de la pena del último Jakobs. La evolución de su pensamiento, esta vez focalizada en el intento de distinción entre la categoría de ciudadano y otra de enemigo, pasa a ser una perspectiva compuesta por elementos legitimantes y ya no de mera descripción como incipientemente intentó reflejar. Este aparente cambio se sostiene sobre un concepto de enemigo claramente deducible de su teoría funcional de la pena, a partir de lo cual llegará a afirmar que determinados sujetos deberán ser tratados como no personas.

Mediante la introducción de perspectivas inocuidadoras, esta teoría sostiene que habrá que separarse de quien no admite ser incluido en una constitución civil. En este esquema analítico, termina asignándole a la pena funciones de seguridad cognitiva (Jakobs 2006b:174), y por lo tanto, habilita la introducción de elementos propios de una excepción en el marco dado por el Estado de Derecho (Feijóo Sánchez 2006:809).

Funcionalmente, el delincuente sólo puede ser tratado como persona y no como objeto de riesgo, en la medida en que pueda garantizar su fidelidad en el futuro. Ello es una derivación de su concepto de persona que, sobre todo a partir de 1995¹¹, ha intentado resolver. No obstante, no se ha limitado a otorgar mayor contenido al concepto de carácter normativo -que se ha tornado una parte esencial de su construcción sistemática-, sino que *“sus más recientes trabajos sobre la distinción entre el Derecho penal de enemigos y el de ciudadanos no son más que una concreción de su reelaboración en clave funcional del concepto de persona, y de la idea de que el sujeto de imputación jurídico-penal destinatario de las normas no es un ente natural o psicofísico, sino una persona configurada socialmente”* (Feijóo Sánchez 2006: 810-811).

A partir de la (re)normativización del concepto de persona, la construcción dogmática del Derecho penal del enemigo revela un mayor énfasis en su idea central de fidelidad al Derecho, que ha mantenido inamovible en el tiempo (Feijóo Sánchez 2006:808; Cancio Meliá/Feijóo Sánchez 2006:21). En este sentido, el concepto de ciudadano quedará definido por el cumplimiento de deberes, es decir, que a través de la fidelidad al ordenamiento jurídico quedan constituidas las personas, lo cual deriva en que será *“asunto particular del ciudadano el preocuparse de adquirir suficiente fidelidad al Derecho”* (Jakobs 1996: 65).

En 2003 llega a afirmar que *“cuando un esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige las conductas de las personas, carece de realidad social...idéntica a la situación del Derecho en sí mismo es la de las instituciones que crea y, especialmente, la 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, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente”* (Jakobs 2006:16)¹². Ello significa, para el caso de conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo.

¹⁰ Prittwitz (2004:111) señala el cambio de postura de Jakobs en su intervención de 1985 que empleó la definición de manera peyorativa para estigmatizar la tendencia antiliberal y bélica que, en 1999, legitimaría.

¹¹ Nos referimos a la obra de Jakobs (1996). La teoría funcional de Jakobs ya no se estructura solamente a partir de dos elementos esenciales, -los conceptos de sociedad y de norma- sino también el concepto de persona como término fundamental, porque lo que importa, desde la perspectiva dogmática, no es el *homo phaenomenon*, sino también como persona jurídica, es decir como construcción social, donde es el orden normativo el que atribuye y reconoce tal personalidad.

¹² Como afirman Cancio Meliá/Feijóo Sánchez (2006: 51) *“Jakobs, coherente con su particular punto de partida, había omitido en los años noventa un tratamiento de la cuestión de cuál es el sentido que tiene*

Sin embargo, consideramos que subyace a tal analogía un paralelismo posiblemente injustificado entre lo que es una propiedad de las normas o instituciones del sistema y lo que es una característica de los sujetos. Jakobs, mediante la equiparación entre la ineficacia normativa y la desobediencia subjetiva, puede *establecer el espacio de exclusión de la ciudadanía para ciertos sujetos*; al establecer el marco dentro del cual operará el derecho penal para no personas, revitaliza los fundamentos de la soberanía moderna y ello le permite interpretar los modelos punitivos actuales como una cuestión que deberá resolverse en el *campo* de la identidad. Ello permite hablar de una transpolación del *thánatos* hobbesiano que queda plasmada en la configuración jurídica del sujeto dependiente de fidelidad; por lo tanto, será susceptible de ser considerado persona el individuo obediente o, en otras palabras, *“la persona sería la suma de dos elementos: uno normativo, consistente en ser centro de imputación de obligaciones por parte del sistema jurídico y otro empírico-subjetivo, cual es una determinada actitud frente a tales obligaciones jurídicas imputadas”* (García Amado 2006: 889).

En este sentido, para Jakobs (1996: 75s.) 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 esencial¹³. En este sentido, si bien para el autor, una persona también puede ser construida contrafácticamente como tal, esta construcción no tiene carácter permanente. Se define entonces como una latencia, debido a que quien no presta una seguridad cognitiva suficiente, no sólo no puede esperar ser tratado como persona, sino que el Estado no debe tratarlo como tal.

En esta tesis se abre una grieta en el salto lógico que propone el autor, porque incurriendo en este aspecto en un cierto naturalismo al momento de la constatación de una actitud infiel, deduce una conclusión normativa: el que él define como enemigo ya no puede ser tratado como persona, o más bien, debe ser tratado de una manera que resulta intolerable para cualquier persona; un dato fáctico desnudo da lugar a una determinada decisión normativa, cual es la de establecer una *sutura* fundamental para hacer posible la aplicación de la norma a la cual denominará “derecho penal del enemigo”. Todo lo anterior revela que Jakobs construye su propuesta desde una valoración político-criminal que no concuerda con el ordenamiento que él pretende poner a salvo de las actitudes infieles.

3. Nuevos paradigmas de control en la Política Criminal

El modelo de política punitiva *emergente*, se estructura a partir de la lógica de fines, donde resalta el predominio de la razón instrumental a fin de construir un lenguaje autovalidante (Hardt/Negri 2002: 26s.) para otorgar legitimidad a los mecanismos de

para los ciudadanos (personas en Derecho y no individuos que se rigen por un código de satisfacción/insatisfacción) el que el sistema castigue y que castigue más o menos. Por ello no le resultaba posible tratar de forma satisfactoria algunas cuestiones como, por el ejemplo, el desarrollo de criterios para una teoría de la determinación de la pena o la necesidad de que la pena suponga dolor o sufrimiento. De hecho, en su tercera y –hasta ahora– última fase evolutiva ha tenido que volver a tratar el tema del acoplamiento psicológico entre la pena y los ciudadanos y “recognitivizar” de forma creciente su teoría”. Ésta queda configurada como una teoría mixta en la que se fusionan elementos normativos con otros de carácter cognitivo, y resurgen orientaciones inocuizadoras.

¹³ Jakobs (1996: 79), afirma que *“es el correspondiente complejo de normas el que constituye los criterios para definir lo que se considera una persona. En la práctica, un sujeto es siempre persona en muchos sentidos, debido a que desempeña diversos roles. La identidad subjetiva está más conseguida cuanto más clara es la línea que sigue la persona que se representa; ciertamente una línea absolutamente recta puede ser muestra de incapacidad de evolucionar, pero las rupturas violentas evidencian hipocresía.”*

control, un control *de facto*, un control caótico. En este punto podemos recurrir al fenómeno descrito por Baratta (1997: 65) como “el eficientismo penal”¹⁴ que se ha convertido en una nueva *modulación*¹⁵ “del derecho penal de la emergencia, que es la enfermedad crónica que siempre ha acompañado la vida del Derecho penal moderno” (Baratta 1997: 63).

En este sentido, si el Estado moderno surge como la figura de la composición ficticia entre la seguridad y la libertad, actualmente, ante la reordenación de los cánones que lo estructuraban, el Estado postmoderno rearticulará sus funciones a partir de una nueva gramática del control que tiende hacia la reperimetración de los contenidos de los conceptos que detentan el carácter de “universales” (Foucault 2007: 86). El nuevo pacto social, bajo este paradigma, cambiará la noción de ciudadanía concomitantemente a la de seguridad. La *política punitiva del enemigo como producto del eficientismo penal* producirá una nueva estructuración de la sociedad con el objeto de trazar nuevos confines dentro de los cuales será viable el modelo neoliberal, debido a que “su construcción y lógica de funcionamiento *revelan el marco real en el cual se ejerce el poder*, por lo menos, el poder que se manifiesta con el uso de la pena, en su versión especial, como producto sistemático de normas de carácter excepcional. Con este uso se expresan, al mismo tiempo, los cambios que la norma penal genera en todo el orden jurídico, social y político” (Aponte 2006: 211).

Así las cosas, junto con Portilla Contreras (2004) podemos afirmar que, en efecto, asistimos al surgimiento de un Derecho penal y procesal distinto, si bien, esta categoría no implica novedad alguna en la historia del poder punitivo¹⁶; no obstante, a lo que hemos de enfrentarnos actualmente es a una temporalidad normativa que produce la indeterminación entre la normalidad y la excepción; la *diferencia* reside en la racionalidad que articula cada uno de los dos diagramas de poder.

Sin embargo, la pretensión de legitimar la declaración de enemistad en la actualidad¹⁷ mediante la creación de *otro derecho aplicable a no-personas*¹⁸, no explica las modulaciones de poder actual, ya que como pone de manifiesto Judith Butler (2006: 96), “*no es que el poder soberano suspenda el derecho, sino que el Estado de Derecho, en el acto de quedar suspendido, produce la soberanía por medio de dicho acto, como*

¹⁴ El eficientismo en América Latina y en Europa ostenta grados de denominación común, localizable en una doble crisis: una crisis del sistema económico-social que emerge de la rearticulación social y política propuesta por los procesos globalizadores y la conducción neoliberal del mercado; en segundo lugar, una crisis de la política que se manifiesta en la incapacidad de espacio mediador de la alta conflictividad actual.

¹⁵ La racionalidad del riesgo, por el que las estrategias penales discurren, propone gestiones punitivas de los riesgos de los grupos que se consideran portadores de tal característica. Lo que esta nueva articulación del poder propone es administrar a nivel de poblaciones enteras una carga de riesgo que ya no se planea reducir. Véase Garland (2005: 57 s.).

¹⁶ En el mismo sentido, Zaffaroni, E.R., (2006a:11) “*el poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no se correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el Derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del Derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece –universal y regionalmente- el Derecho internacional de los Derechos humanos.*”

¹⁷ Como afirma Feijóo Sánchez, B., (2006:809), respecto de la evolución del discurso de Jakobs, “*sin embargo, aunque intenta destacar los elementos descriptivos de su construcción, no puede renunciar totalmente a los elementos normativos, ya que un cambio de rumbo radical le exigiría ir soltando un lastre que acabaría afectando a elementos básicos de su teoría general del Derecho (...) pues aunque en la actualidad esté haciendo ver que el contenido normativo de su modelo queda reducido a un 20% o a un 2%, y le deja el 80% o el 98% restante al campo de la descripción, ello no cambia sustancialmente las cosas.*”

¹⁸ Dal Lago (2004: 35s.).

efecto.... la soberanía producida por medio de la suspensión (o la creación) del Estado de Derecho busca establecer una forma opuesta de legitimidad política que carece de una estructura intrínseca de responsabilidad.”

Según Jakobs, para el tratamiento diferenciado de la categoría de no-persona se precisa que el Derecho construya un confin que legitime la inauguración de una juridicidad agotada en la “nuda” imputación de peligrosidad¹⁹. Sin embargo, la soberanía en la era de la globalización produce el emplazamiento de nuevos confines que rediseñan su morfología, se trata de un borde *möbius*²⁰, es decir, de una *inclusión diferenciada* y no de una exclusión *tout court*.

De modo que, en un contexto como el actual, será necesario revisar los significados y la consecuente producción de subjetividad que han de corresponderse con el tiempo-espacio global. No se trata entonces de una categoría diferenciada de sujetos que habitan el “campo” (Agamben 2003: 43) a quienes se les aplica *otro derecho*²¹. Por el contrario, en tanto la legislación penal asume el carácter de instrumento de control para la gestión del orden de los espacios que el Estado nación cedió al funcionamiento del mercado, lo que tendremos que estudiar y criticar actualmente es la producción de otro contenido para la ciudadanía a través de la normatividad propia del derecho flexible. La legitimidad correspondiente a este derecho busca activarse *permanentemente* por medio del *acting out* (Garland 2005: 271s.) de las políticas criminales que apelan al carácter simbólico de la noción de “ciudadanía” para establecer lo que está incluido y aquello que queda por fuera del *universal postmoderno* que se alimenta de las hibridaciones que producen la indeterminación de la excepción.

Con todo, la excepción precisa de ciertas matizaciones que logren capturar el sentido de la diferencia en los dispositivos del modelo de Estado anterior y el actual. En efecto, Agamben se distancia de las elaboraciones schmittianas y analiza la imposibilidad de establecer una delimitación entre un “estar fuera o dentro” del Derecho; porque para Schmitt (1998: 27-28) lo que se obtiene a partir de la declaración de la excepción es la garantía de la aplicación del derecho aún en situaciones de emergencia y, en consecuencia, su efectividad deriva de su delimitación temporal, no obstante ser potencialmente actualizable. Asimismo, Agamben al afirmar que la excepción se ha convertido en regla, niega la posibilidad del análisis de Schmitt, ya que desde el momento en que la excepción se normaliza priva de significado la apelación al orden como fundamento de su imposición, se produce una desterritorialización que vuelve superflua la invocación al caos.

No obstante, Agamben intenta trazar los límites de la excepción, a fin de determinar un interior-exterior, un ámbito de inclusión-exclusión. Un emprendimiento que, a pesar del desbordamiento temporal que caracteriza a la excepción postmoderna, construye una relación distinta entre la norma y su suspensión. Este autor opta por establecer un límite a la excepción, situándola en “el campo” como paradigma actual de

¹⁹ Véase Portilla Contreras (2004: 1401), quien afirma que “*El símbolo actual de la posmodernidad es la exclusión generalizada y permanente de la multitud, de las fuerzas en movimiento, de los sectores de riesgo.*”

²⁰ Con ello queremos hacer referencia a la *cinta de Möbius*, introducida casi simultáneamente en 1858 por dos matemáticos alemanes, August Ferdinand Möbius y Johann Benedict Listing; fue el primer ejemplo de variedad no orientable, no euclídeana. Es una cinta con una sola cara y un solo borde. Con esta figura queremos representar las mutaciones que se producen en la soberanía, entre otras, la imposibilidad de determinar un interior y un exterior. Esto tiene obvias consecuencias en diversos ámbitos del ejercicio del poder, del control, y de la legitimidad. Utiliza esta metáfora, asimismo, Bigo (2001).

²¹ En este sentido, expresa San Martín Segura (2008: 340) que el análisis de Agamben termina reduciéndose al *campo* como paradigma atemporal, como un espacio al mismo tiempo físico y conceptual en el que se aprecia la relación desnuda del poder sobre el homo sacer.

la excepción, es decir, como una forma territorial de la excepción que incluye a una subjetividad: la *nuda vida*. En la medida en que introduce al sujeto en el esquema de la excepción y localiza esa exterioridad en el campo, la excepción continúa siendo un problema de estar fuera o dentro. Sin embargo, si cartografiamos el paradigma de la excepción actual, sobre todo en lo que hace a su relación con el derecho, excede la mera suspensión del derecho ordinario. Debido a que la invocación de espacios vacíos y anómicos, característicos de toda forma de excepción, actualmente “no se determinan a través de la suspensión del derecho vigente, sino a través de una expansión “legal” de las posibilidades de intervención del poder.” (San Martín Segura 2008: 347)

El carácter no acotado de la excepción redefine los planteamientos que podamos hacer respecto de las relaciones entre el ordenamiento jurídico y la soberanía en la postmodernidad. Desde este punto de vista, aquello que define el carácter permanente de la excepción es el desanclaje que se produce entre la legitimidad y la soberanía moderna. Desde el paradigma de Estado liberal la cuestión de la soberanía básicamente tiene que ver con su función legitimante, por lo tanto, cuando esta cuestión deja de ser interrogada, presumiblemente porque no hay ninguna respuesta disponible, el problema de la legitimidad comienza a tener menos importancia que el problema de la efectividad (Butler 2006: 127) El Estado puede ser legítimo o no, pero continúa “sobreviviendo” gracias a la gestión²².

El gobierno para Foucault se opone a la soberanía. Ésta jamás se presentó como un derecho liso y llano. El soberano para ser un buen soberano, siempre debe proponerse un fin, el bien común. El fin de la soberanía es circular: remite al ejercicio mismo de la soberanía; es el bien de la obediencia a la ley, por lo tanto, el bien que se propone la soberanía es que la gente obedezca a la soberanía (Foucault 2006: 125). Sin embargo, con la búsqueda de definición de gobierno vemos aparecer otro fin. El “fin oportuno”, esto implica una pluralidad de fines específicos²³.

En efecto, el orden moderno se construyó mediante una exterioridad, mediante la posibilidad de su trasgresión y la gestión de dicha posibilidad (San Martín Segura 2008:344). Sin embargo, el orden de la modernidad ya no tiene posibilidad de suprimir el desorden postmoderno (De Giorgi 2006: 132). Los intentos de la soberanía de coincidir con la legitimidad expresada a través de la ley, se quiebra. Y por eso el estado de excepción se vuelve permanente, rompiendo con la concepción schmittiana de un derecho emergente de la suspensión del ordenamiento, pero aún jurídico. En la actualidad, el desanclaje que proyecta la soberanía precisa de un derecho flexible y por eso la temporalidad de la excepción no es susceptible de ser delimitada a una emergencia particular, debido a que, dentro del ámbito de la gobernabilidad, existe un ejercicio paralelo de decisiones ilegítimas.

²² La gobernabilidad debe utilizar la ley como táctica, a modo de “revitalizar” la soberanía espectral a través de los usos instrumentales de la ley. En su acepción estricta, Foucault presenta la gobernabilidad en conexión con la finalidad biopolítica del Estado liberal, como gestión o encauzamiento de la vida de las poblaciones y los flujos en una diversidad de lugares y modos a lo largo del territorio del Estado. Bajo estos términos debemos comprender el problema de la excepcionalidad material.

²³ En este sentido, San Martín Segura (2009:58) afirma que “desde la perspectiva de la teoría jurídica el interés del modelo disciplinario radica en que en esta situación la Ley ya no se concibe como la expresión del poder soberano –como sucedía en la sociedad de soberanía- sino como codificación de una norma. La Ley se acomoda constantemente a las exigencias planteadas por esta normatividad. Lo cierto es que la relación entre Ley y norma en el avance de la modernidad industrial se ha hecho cada vez más compleja, erosionando progresivamente el paradigma legal ilustrado, dando paso a un Derecho crecientemente tecnificado con un contenido cada vez más remitido a ámbitos de conocimiento extrajurídico apegados directamente al terreno de normatividades específicas.

En efecto, las tácticas de gobierno permiten definir paso a paso que es lo que compete al Estado y que no; en este movimiento se mantiene vivo y va fijando consecutivamente sus límites. Una vez que la autorreferencialidad de la soberanía deja de coincidir con cuestiones de legitimidad, la ley subsiste únicamente como herramienta de definición de las funciones del Estado, sin la necesidad de invocar una legitimidad que provenga del carácter soberano, sino de un cuestión meramente táctica. Sin embargo, en un contexto como el actual de redefinición de la soberanía, la ley no es utilizada únicamente como táctica, sino que puede ser suspendida para fortalecer el poder soberano. La suspensión de la ley como táctica de gobernabilidad deja lugar al surgimiento de la soberanía.

En este sentido, podemos decir que la emergencia de una legislación excepcional depende de la desvitalización de la soberanía, tal como tradicionalmente se la conoce: soberanía como función que legitima el Estado, como *locus* unificado de poder estatal²⁴. No obstante, la soberanía ya no funciona para revitalizar el Estado, es decir, ya no se manifiesta como una *repetición* del paradigma del Estado nación moderno. Con todo, lo anterior no es óbice para la posibilidad de que los rasgos de la soberanía moderna pueda resurgir dentro del campo biopolítico como un anacronismo reanimado (Butler 2006: 92), es decir, como una *diferencia* respecto de sus tradicionales puntos de anclaje.

Esta *repetición diferencial* producto de la relación sincrética que describimos en los párrafos anteriores, se expresa en la suspensión del Estado de Derecho que, simultáneamente, permite la concurrencia de la soberanía y la legitimidad: la primera de ellas se ejerce en el acto de suspensión, pero también en el de auto-atribución de prerrogativas jurídicas –ámbito que pertenecía a la legitimidad–; el plano de consistencia de la indiferenciación supone una operación de poder administrativo que es ilegítima, incluso si se vuelve –como de hecho lo hace– hacia la ley como campo de operaciones tácticas (Butler 2006: 84).

Para saber lo que produce la extensión de la soberanía en la actualidad, primero tenemos que distinguir la racionalidad por medio de la cual el Estado suspende el ordenamiento y los tipos de justificación que se ofrecen al respecto. Porque, de acuerdo con Benjamin, (2007: 116) “*el sentido de la distinción de la violencia en legítima e ilegítima no es evidente sin más*”²⁵.

De este modo, el paulatino agotamiento del paradigma del Estado nación moderno y de la subjetividad que producía (ciudadanía), la gestión estatal y la intervención político-administrativa se mantienen, cambiando de signo (Bergalli 2003: 67s.); de este modo, el “desorden” característico de esta época, en el que se desenvuelven los modelos de producción y subjetivación postfordista, derrota la ficción operativa para la configuración de un orden semejante al modelo de Estado anterior (Capella 1997:212s.; 1993:35) . Los sucesivos intentos de sistematizar esta etapa como

²⁴ Paye (2008: 23 s.) cuyo trabajo se construye en función de entender que “*la especificidad de estas últimas legislaciones reside en su alcance general, y afectan no sólo a unos individuos y a unas organizaciones determinadas sino al conjunto de la población. De modo que se produce un cambio radical del Derecho penal. Contrariamente a lo que siempre se nos dice, los atentados terroristas, sean cuales sean, no son el elemento fundador de la modificación del orden de derecho. Ni la mutación de los modos de organización del poder puede explicarse mediante un elemento externo, sino analizando su estructura interna. La mutación del derecho es quien mejor revela la transformación global de la relación sociedad/Estado*”.

²⁵ Benjamin (2007: 117). El autor, en este sentido afirma que “*sería necesario tomar en consideración la sorprendente posibilidad de que el interés del derecho por monopolizar la violencia respecto de la persona aislada no tenga como explicación la intención de salvaguardar fines jurídicos, sino más bien la de salvaguardar el derecho mismo. Y que la violencia, cuando no se halla en posesión del derecho a la sazón existente, represente para éste una amenaza, no a causa que la violencia persigue, sino por su simple existencia fuera del derecho*”.

si se tratara de una *repetición* del orden del Estado nación son cuestionables en tanto limitan el análisis y tienden a circunscribirlo al “*campo cultural como el principal escenario donde representar fantasías de pureza, autenticidad, fronteras y seguridad*” (Appadurai 2007: 38).

En efecto, agotado el paradigma moderno, el control por parte del Estado puede entenderse como una transformación guiada instrumentalmente por una dinámica autónoma, con auxilio de un catálogo de dispositivos normativos que tácticamente intentan la producción de orden sobre la complejidad temporal expresada en la discontinuidad fundamental entre presente y futuro, los riegos y la incertidumbre. Las aludidas *diferencias*, en el plano jurídico dogmático acarrear la dificultad para la asunción de respuestas normativas al cobijo de las dinámicas de un orden perenne. En un contexto transformado, caótico, tanto las respuestas normativas respecto de la valoración futura que merecerán las conductas, como los mecanismos de control que se establecen, se obtienen en función del cálculo de riesgo bajo un paradigma actuarial (Brandariz García 2007; Garland 2005; De Giorgi 2006), lo cual permite hablar de un control líquido que se autorregula en función de las necesidades del “desorden” postmoderno (Mezzadra/Neilson 2008). Con todo, la gubernamentalidad del Estado postmoderno no sólo cuenta con modernos dispositivos biopolíticos, también incorpora otros mecanismos que funcionan bajo una lógica autopoietica, produciendo la flexibilización del estatuto de la ley que prescinde de los principios de generalidad, abstracción y legalidad para convertirse en un campo fluido de controles y dispositivos que actúan con base en criterios de oportunidad, de selectividad y de discriminación (San Martín Segura 2009).

De este modo, cuando se hace referencia al fenómeno de la “administrativización” del Derecho penal no sólo se observa la tendencia de la expansión del control social penal de ámbitos que previamente correspondían a regulaciones administrativas, sino que la epistemología del riesgo perteneciente a la soberanía imperial (Hardt/Negri 2002: 189 s.) permite que la ley penal adopte la flexibilidad de la ley administrativa, una ley *just in time*. La clave de la flexibilización reside en el carácter permanente de la excepción, éste produce la temporalidad adecuada para la flexibilización del Derecho, ya que no se trata de la creación de *otro* Derecho, de un Derecho por fuera del Derecho, sino de la necesidad de revitalizar la legitimidad bajo unas nuevas coordenadas de orden y con la finalidad de procurar la supervivencia del poder en el ámbito inaugurado por la crisis que sufre la soberanía (San Martín Segura 2008: 341s.)²⁶.

4. El “desorden” postmoderno: legitimidad y soberanía

Las expresiones de la soberanía en la actualidad pretenden legitimarse a través de la invocación de anacronismos. Esta situación, en principio, nos permitiría hablar de una *repetición* de los rasgos del poder soberano para la rearticulación de la soberanía, tal como Jakobs plantea su tesis de separación entre los dos derechos penales. Sin embargo, lo que proponemos analizar es la forma en la cual en esa instancia de aparente “vuelta” de rasgos de poder soberano a partir de la excepción, lo que en realidad se está gestando es una *diferencia* que habla de los rasgos del ejercicio y de los mecanismos de individualización del poder actual. En la búsqueda de la racionalidad bajo la que se

²⁶ Seguimos la tesis del autor que afirma en que en estos momentos se trata de una excepción sustancialmente distinta cuyo objetivo es la apertura de espacios anómicos o cuanto menos flexibles a la intervención del poder, en definitiva, lo que queda claro que la excepción se convierte en una técnica de gobierno.

activan las diversas tecnologías de poder, lo relevante –con Foucault- resulta detectar “el poder individualizante” (Foucault 1990: 32; 1995: 68s.; 1991: 91s.).

En este sentido, podemos encontrar en el riesgo –surgido en el paradigma de gobierno moderno como el control del azar (Foucault 2006: 16s.) - la medida y el parámetro de cuantificación y calificación de variables como la legitimidad de la actuación política, la eficacia, el contenido de la prevención y la finalidad y el sentido de la pena en las transformaciones de la soberanía actual.

Para Jakobs (2006b: 13), se trata de “*mantener la vigencia real de la norma, plenamente en el sentido de la prevención general positiva: la contradicción tiene el fin de apoyar la cimentación cognitiva, y en la medida en que ello resulte imprescindible, también el aseguramiento frente a hechos futuros sirve para alcanzar tal fin*”. Sin embargo, aunque el autor ratifique plenamente el sentido de la prevención general positiva, puede observarse un giro significativo en el cual la prevención cambia de sentido: lo que la pena previene son los efectos negativos que pueden derivar del delito para el sistema social y no lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos por parte de conductas individuales. Las normas, entendidas como *expectativas normativas*, configuran la estructura del orden social. La confección de dichas expectativas es función de la política, mientras que la ciencia del Derecho Penal debe *describir y sistematizar* las distintas *estructuras normativas* (Jakobs 2008). En este sentido, Jakobs (2006d: 81) afirma que, “*sin embargo, la expectativa de un comportamiento correcto no puede ser mantenida contrafácticamente de modo ilimitado; más aún: no debe ser mantenida ilimitadamente, ya que el Estado ha de procurar la vigencia real del Derecho, por lo que debe proceder contra los quebrantamientos del Derecho cuya próxima comisión ya se persigue*”.

Asimismo, señala que una expectativa normativa dirigida hacia una determinada persona pierde su capacidad de orientación cuando carece del apoyo cognitivo prestado por su parte²⁷. En tal caso, la expectativa cognitiva es sustituida por la orientación cognitiva, lo que significa que la persona –la destinataria de expectativas normativas- muta para convertirse en una fuente de peligro, en un problema de seguridad que debe abordarse de modo cognitivo²⁸. De la mano de la estabilidad normativa y de la vigencia real del derecho, Jakobs busca el establecimiento de criterios para evitar la contaminación entre lo que él considera dos formas de derecho aplicables a sujetos distintos. En principio, podríamos leer su tesis como una crítica a la legislación de emergencia; sin embargo, su sistematización, que deviene en un derecho aplicable a no personas²⁹, funciona como mecanismo idóneo para cristalizar la separación entre la función abierta y la función latente de la pena que desarrolla en la obra *La pena estatal: Significado y finalidad* (Jakobs 2006b).

Las nuevas derivas teóricas respecto de la función preventivo-general sobre las que el autor discurre en esta obra, se explican en que la función confirmadora se dirige a personas, a participantes en la comunicación. En última instancia, la función de la pena es confirmar la identidad de la sociedad, o su real configuración normativa, y no las del autor. La pena sólo tiene como función esencial, en el plano del significado simbólico,

²⁷ Para el caso de personas cuya actitud es hostil y contraria, de lo que se trata “es de compensar un déficit ya existente de seguridad cognitiva” (Jakobs, 2006d: 84).

²⁸ *Ibidem*, pág. 82.

²⁹ En un primer momento, Jakobs asumía que esta legislación no se trataba de Derecho, postura que irá mutando con el sucederse de sus escritos Sin embargo Jakobs, declara que el Derecho penal del enemigo podría tener un cierto carácter de Derecho en la medida en que sus reglas impondrían, en todo caso, ciertos límites al ejercicio de la potencia punitiva. Sólo podría ser válida la asignación del carácter de “Derecho” penal del enemigo, si aceptáramos junto con Jakobs la pertinencia de la distinción de la que parte, véase, Gracia Martín (2006: 1067-1072).

la condena del hecho y el sentido retributivo conlleva un significado positivo para la sociedad de cara al futuro (Cancio Meliá/Feijóo Sánchez 2006: 38s.)

De modo que las consecuencias preventivo-generales, deberán entenderse como efectos latentes de la retribución, ya que este último concepto ha sido substituido por la reafirmación comunicativa de la norma (Cancio Meliá/Feijóo Sánchez 2006: 43). Tanto la finalidad como el significado de la pena en Jakobs dependen de la forma que tiene el sistema social de procesar las defraudaciones a costa del infractor. En este sentido, afirman Cancio y Feijóo (2006: 38) que “*se trata de un tratamiento específico de defraudaciones que consiste en demostrar a costa del defraudante que se mantiene la expectativa de comportamiento*”.

Sin embargo, la compatibilidad del control con la preservación de las condiciones sociales que permiten la producción de valor en el capitalismo postfordista exige que dicho control opere de forma selectiva (De Giorgi 2006:132; Mezzadra/Neilson 2008; San Martín 2009: 57s.). De este modo, el actual estado de excepción permanente no es uniforme, sino que encuentra en la selectividad la condición de posibilidad de su carácter permanente: el control se dirige a grupos de población. En este sentido, sería contraproducente a las lógicas postfordistas la expulsión de los individuos, ya que los dispositivos de seguridad operan bajo una dinámica selectiva, instantánea y eficaz. El control se articula en función de rastrear los movimientos de los flujos sociales y la gestión de las nuevas formas de trabajo vivo, es decir, el uso gubernamental del riesgo en el terreno del control social. El riesgo como técnica de gobierno configura una justicia de tipo actuarial, aspira a la gestión de agregados de población en virtud de la identificación de factores que permitan adscribir a los individuos a determinados grupos de riesgo. Se trata de racionalizar de modo eficiente la actuación de control, en virtud de criterios de probabilidad, oportunidad e intervención ex ante, a fin de gestionar la información sobre los grupos de riesgo derivados de labores de vigilancia y monitorización. Flexibilidad en la intervención, obtención y manejo de la información son variables que componen el modelo de la sociedad de control. La penetración de la racionalidad actuarial en los instrumentos de control conduce a transformar el campo de interacción social que se encuentra minado por la inseguridad y por una *sensación de riesgo* que puede focalizarse en “el enemigo”.

Estas nuevas racionalidades de control han encontrado en el riesgo el dispositivo adecuado para los fines de represión preventiva que ya no busca disciplinar sino gestionar. Con estas premisas, se inventan categorías de sujetos considerados como productores de riesgo (De Giorgi 2006: 129). La búsqueda de la eficiencia de la economía del poder se alimenta de las potencias de poder fluido que circulan por la multitud y se alimenta de las hibridaciones típicas de las sociedades postfordistas (De Giorgi 2006: 141). En este sentido debe leerse la incapacidad de determinar espacios diferenciales entre los irregulares y los delincuentes; entre los trabajadores y los precarios, la economía informal de la ilegal. (De Giorgi 2006: 132). Por ello la declaración de enemistad no puede darse en los términos de una exclusión *tout court* ya que resultaría ineficaz en términos de economía de poder, sólo puede hacerse tal declaración como una mera *performance*, como latencia, como potencialidad.

Ello deriva del abandono del intento de producir un saber a partir de clasificar a los sujetos, identificarlos, disciplinarlos, transformarlos. El “no-saber” (De Giorgi 2006: 122) actuarial hace una renuncia expresa a este tipo de normalización.³⁰ En efecto, la fractalidad derivada de la flexibilidad del Derecho se modula en virtud de la velocidad

³⁰ San Martín Segura (2009: 53-59) propone enfocar este cambio de paradigma como una transformación profunda que concierne a la idea de normatividad, “donde lo relevante es que la intervención se adecue a la normatividad visibilizada a través del cálculo de riesgos.”

de los flujos, los mecanismos de control parecen estar más relacionados con la producción y reproducción de una forma peculiar de trabajo –postfordismo– que a un ejercicio de poder soberano sobre la *nuda vida*. La excepcionalidad se apoya sobre los elementos característicos del actual modelo de seguridad, que expresa una superación de las lógicas de la inclusión del modelo disciplinario y la necesidad de una gestión segregadora de las poblaciones (Brandariz García 2007: 198s.).

Efectivamente, la política criminal actual modula sus estrategias de control bajo el eje de la retribución funcional³¹ frente a situaciones que ponen en peligro la identidad social y normativa, las expectativas y las fidelidades, todo ello para fortalecer los mimbres sobre los que se apoyaba nuestra “identidad” nacional, cuyo cobijo encontrábamos en el *pacto social* como ficción operativa del modelo de Estado moderno. Agotada la instancia para la producción de significados, el riesgo se instituye como el modulador de lo que deberá interpretarse por sujeto destinatario de las normas en el ámbito de un Estado en fase de transición. Sin embargo, la semiótica desprovista de las ficciones operativas del Estado nación será revitalizada, en el marco de la *lucha contra la criminalidad*, mediante la ampliación de la órbita del control social penal como herramienta seductora para lograr eficacia políticamente rentable a corto plazo y salvar de las dificultades de obtener algo parecido a un consenso postmoderno³². Para ello, es necesaria la creación de un enemigo que pauté un discurso que busca adhesiones por parte del un legislador que quiere dar la “*impresión tranquilizadora de estar atento y decidido*” (Silva Sánchez 1992: 305).

Se trata entonces de un derecho de excepción, ya que, como afirma Jakobs (2006d: 91) “*el Estado no puede eludir el dilema renunciando a regular: la excepción se producirá de todos modos sin su intervención y ya aparecerá el Derecho que se amolde a ella*”. No obstante, el autor insiste en que cuando el Estado establece una regulación debería distinguir con claridad entre aquello que sólo está dirigido al terrorista u otro sujeto que disienta activamente y de modo grave y permanente y aquello que también se dirige al ciudadano, ya que de lo contrario, el Derecho penal del enemigo contamina el derecho penal del ciudadano. La estrategia que utiliza como forma de acotar la excepción deriva de un juego de suma cero que enfrenta la libertad y la vigencia de la norma. Porque de lo que se trata es de apelar a un terreno extrajurídico a partir del cual estas medidas encontrarían plena justificación, tanto al momento de su sanción, como de su aplicación. En este sentido, la propuesta de un “derecho penal del enemigo” como una reacción por parte del poder, casa perfectamente con una concepción *negativa* del mismo. No obstante, si retomamos los argumentos foucaultianos y miramos el poder no tanto desde el punto de vista de lo que prohíbe, sino desde su lado “productor”, vemos cómo la propuesta dogmática de Jakobs, mediante la apelación a concepciones modernas, afirma la existencia de *no personas* como forma de revitalizar la legitimidad y la soberanía. De este modo, la expresión de soberanía que producía la declaración de *un enemigo* en el modelo de estado-nación se transforma bajo las dinámicas propias del control actuarial, lo cual se refleja en la operatividad de la excepción y el tratamiento jurídico de las no-personas. La racionalidad que activa los mecanismos de control actuales no produce una exclusión

³¹ Las estrategias de control preventivo no pueden casi nunca escapar de su paradoja constitutiva. Lo que éstas pretenden es encontrar un orden en la imprevisibilidad, cartografiar los destinos del azar, nombrar la incertidumbre. La evidente falacia de la modernidad de la previsibilidad y la seguridad modifica las instituciones y el lazo social (Flavio Gomes/Bianchini 2006: 955s.).

³² Cornacchia (2006: 418); Portilla Contreras (2007: 35s.); Donini (2008: 32s.) este último autor afirma que la lucha contra la criminalidad se trata de un concepto normativo “que implica funciones ordinarias del Derecho penal y la propia dimensión jurisdiccional del Derecho, además del proceso penal”; asimismo le concede haberse constituido como una constante epistemológica del Derecho penal europeo.

stricto sensu, sino que de lo que se trata es de una *inclusión diferenciada* configurada a partir de las modulaciones de las tecnologías de control. De este modo, la declaración de la enemistad como paradigma de “lo político”, muta en la postmodernidad hacia una declaración meramente *performativa* de un enemigo. Es decir, esta declaración sirve para operar una distinción, pero la misma ya no es utilizada para establecer dos espacios formales de aplicación variable del derecho, sino para la creación de un espacio *möbius* de aplicación de las tecnologías de control. En efecto, frente a la necesidad invocada de proteger el orden jurídico, la excepcionalidad material actúa incorporando áreas de excepción al estado de derecho como derivaciones del carácter autopoietico del control; un control que no intenta delimitar un interior/exterior, se trata de un control caótico que se *ordena* gracias a la gestión de los vacíos normativos de los que se alimenta para reproducirse.

5. Crisis de legitimidad: ¿Una nueva teoría de la pena?

A través del recorrido del camino flexible del Derecho queda evidenciado el carácter anacrónico del intento de restablecer el ámbito de la inclusión/exclusión que sólo puede quedar replegado en el orden simbólico. Es por ello, que nos enfrentaremos a la decisión política que apela a crear normalidad para que la aplicación de las normas sea *real*. ¿Cuáles son las contradicciones que esta retórica imprime en el ámbito del sistema de control de un Estado postmoderno, que sin ambages reinaugurará la figura del enemigo para establecer una excepción a su antigua legitimidad que ha dejado de corresponder en el paradigma de la globalización?

Por su parte, el *derecho penal del enemigo* propone que la medida de la pena estará dada por la peligrosidad representada por el déficit de seguridad cognitiva. Ello es viable en tanto que Jakobs (2006b: 136-137) parte de entender que el Derecho está en vigor en tanto y, en la medida que, constituya el esquema de orientación dominante; sin embargo, el Derecho abstracto deja sin respuesta la cuestión de la medida de la pena, mientras que ésta deberá buscarse en otro lugar; el autor, siguiendo el sendero de las ideas hegelianas, habrá de rastrearla en la *realidad* del Derecho. No obstante, el concepto Derecho se ha visto sustituido por la identidad de la sociedad, lo que conduce a una noción funcional de retribución, mientras que los efectos preventivo-generales de la pena que miran a mantener la norma cara al futuro se constituyen como los efectos latentes de la retribución (Jakobs 2006b: 129s.)³³. Nuestra hipótesis es que, en este

³³ En este sentido, Gómez Jara-Díez (2006, 986s.) sostiene que la pena, en este caso, se torna un instrumento bivalente que responde a dos fundamentos diferenciados: uno basado en la lógica discursiva (se habla con los ciudadanos) y otro en la lógica coercitiva (se lucha contra el enemigo). Ello se deriva de la objetivación de la comunicación que implicaba la imposición de la pena para Jakobs a lo largo de su obra. Así el delincuente, mediante su hecho, no sólo ha significado algo, sino que también lo ha configurado (objetivado): se produce una doble objetivación, una en el plano simbólico de su conducta y otra en el mundo externo. Dicha observación más recientemente le ha permitido la introducción del llamado dolor penal, que sirve para la salvaguarda cognitiva de la vigencia de la norma; éste es el fin de la pena, como la contradicción de la negación de la vigencia por parte del delincuente en su significado. De lo cual se infiere que el Derecho penal del enemigo asegura aquello que es necesario para la supervivencia del Derecho penal del ciudadano: la disposición cognitiva mínima de fidelidad al Derecho, y dicho aseguramiento se da en virtud de la coacción. Asimismo pone en discusión el autor español que el problema que deja sin resolver Jakobs, coherente con la concepción sistémica, es explicitar en qué consiste dicho apoyo cognitivo, porque si el autor alemán sostiene que sólo en la medida en que el contenido de la conciencia sea mínimamente fiel al Derecho podrán existir realmente expectativas normativas. No obstante, Jara Díez señala que este razonamiento implica una intervención directa de la conciencia de la comunicación, justificación que difícilmente pueda ser abalada por una configuración

campo, resulta intolerable la legislación que surge de la necesidad de construir un orden en el marco de un Estado de Derecho, porque toda “teoría de pluralidad de Derechos penales” (Zaffaroni, 2006b: 1126) se basó en emergencias, ya que como afirman Baratta y Silbernagl (1986: 158) “*la emergencia rediseña el orden de la dependencia recíproca y el entrecruzamiento entre estos diversos niveles y sectores del control social penal y produce la formación de una cultura de la emergencia que cumple la función de legitimación*”, o sea, funciona a partir de la creación de amenazas contra la supervivencia misma de la sociedad que se enfrentarán en forma de “luchas”, a partir de las cuales el Derecho penal abandonará las formas de legalidad y las penas quedarán reducidas a coerción directa (Zaffaroni 2006b: 1126). En este sentido, la legislación penal del enemigo se presenta como una solución totalizadora frente a la violencia generada por ciertas actividades criminales, siendo el caso más emblemático el terrorismo, que presenta la característica de constituirse como un símbolo de la “guerra permanente”³⁴ para las sociedades actuales³⁵. Sin duda, la operatividad de la declaración de la incapacidad estructural para producir significado y referencias simbólicas de identidad se realiza en la excepción (Cancio Meliá 2006: 109)³⁶. Este es el *locus* propicio para el surgimiento de medidas que determinan la *indiferencia* entre la *vigencia y la validez* del Derecho, donde habita el enemigo³⁷. Aun cuando podamos decir que hoy asistimos a un nuevo tipo de normalidad, sin embargo, tanto la violencia como la guerra no son derivaciones de un orden legítimo, sino condiciones del ejercicio del poder, es decir, de la íntima relación entre guerra y política³⁸.

Así, la legislación denominada *derecho penal del enemigo* es el *locus* que se crea a partir de la excepcionalidad de las reglas de la identidad social y jurídica “nacional” que permite producir a “otros” y, de esta manera, lograr la rearticulación de una identidad normativa postmoderna³⁹. Si la excepción funda el Derecho (Agamben 2004, 122-128), la política punitiva del enemigo constituye la formalización, a nivel de estructura mínima garantizada de la sociedad, del estado de emergencia (Cornacchia 2006, 418; Portilla Contreras 2004, 1403; 2007, 81 s.; Cancio Meliá 2006, 109 s.).

El Derecho penal del enemigo, como expresión del estado de excepción, prescinde de la condición de *ultima ratio* del Derecho penal, se configura a partir de la *declaración de un vacío* que el Derecho intentará habitar -en tanto esencial al orden jurídico-, bajo la ficción del grado cero de la ley (Derrida 1997: 22 s.).

autopoietica, donde no hay lugar a la afirmación de que el contenido de la comunicación depende del contenido de la conciencia y viceversa.

³⁴ No hay un “afuera” del neoliberalismo, no hay síntesis posible en la impugnación de una alteridad. La apelación al término terrorismo como *lo otro*, da cuenta de la flexibilización del capital, de la necesidad de un término lo suficientemente modulable a las mutaciones permanentes producidas en la tensión que experimenta actualmente el Estado y la rearticulación de sus funciones. En la latencia y la indistinción de la amenaza del terrorismo, se produce la rearticulación de los nodos de poder y control operándose la confusión entre la policía y la guerra.; a mayor abundamiento, véanse Brandariz García (2007: 228); Paye (2008: 74).

³⁵ Entre otros, Ramos Vázquez (2006: 1425s.); Asimismo, Morosini (2006: 689s.); Dal Lago (2006: 57 s.); Fanchiotti (2006: 705s.).

³⁶ Como ponen de manifiesto Cancio Meliá/Feijóo Sánchez, B., (2006: 38), “si todavía Jakobs puede hablar de prevención es debido a que la concepción funcional de la norma como expectativa encierra siempre una referencia al futuro: la reacción frente a la lesión de la expectativa para mantenerla como expectativa del sistema social”.

³⁷ Cornacchia (2006: 416s.) sostiene que el problema del derecho penal del enemigo parte del presupuesto, declarado o no, de la exclusión de sujetos *sospechosos* de ser peligrosos para la seguridad del Estado y para los “ciudadanos”.

³⁸ Agamben (2003; 2004); San Martín Segura (2008; 2009); Paye (2008).

³⁹ Cornacchia (2006: 418) Portilla Contreras (2004: 1403; 2007: 81 s.); Cancio Meliá, M., (2006: 109 s.).

Por lo expuesto, el *derecho penal del enemigo* es fundamentalmente un instrumento erigido para la superación de grandes problemas de legitimación política. En este sentido, la declaración de enemistad es esencial: en primer lugar, el enemigo como chivo expiatorio al que se hace responsable de la crisis, de la falta de orden y paz públicos; en segundo lugar, la declaración de enemistad por medio de la cual el resto de la población alcanzará tranquilidad de no estar envuelta en la situación crítica, entonces sólo bastará con emprender una lucha contra el enemigo, identificarlo con la crisis; por último, la polarización y presión para el aislamiento del enemigo ejerce incluso un poder sobre la población de obtener el “consenso coercitivo” a favor del mantenimiento del *status quo* mediante el análisis de la amenaza representada por el enemigo, debido a que el disenso es un riesgo que el sistema no puede soportar sin “desordenarse”⁴⁰.

Mediante estas estrategias, el derecho penal del enemigo aumenta las posibilidades de que quien posee el poder pueda evitar *la puesta en peligro de la legitimidad del sistema*; lo que se protege es la seguridad de las personas frente a la amenaza de enemigo. Así las cosas, la declaración del carácter de enemigo aparecerá como el resultado de una racionalidad actuarial a la que el Estado actual ha reducido la política democrática.

Y, dado que para Jakobs (2006a: 35) una sociedad que construye su subjetividad sobre las coordenadas del riesgo solamente podrá lograr alcanzar ciertos niveles de seguridad cognitiva a partir de instrumentos policiales, no existe alternativa, frente a la disolución de la sociedad -identificada con el ordenamiento jurídico-, al Derecho penal del enemigo.

En la construcción jakobsiana *la normalidad de la excepción* se expresa en que la excepción permanente puede ser legitimada a través de la creación de estructuras normativas⁴¹, acercándose a Schmitt que concibe el Estado de excepción como algo que se diferencia de la anarquía y el caos y, en sentido jurídico, en él existe todavía un orden, aunque no un orden jurídico. Porque lo nodal en la teoría schmittiana –y es la decisión que hace Jakobs para su “sistematización dogmática de la emergencia”-, es hacer posible la articulación entre el estado de excepción y el orden jurídico. Y para ello, la inscripción del estado de excepción en el ordenamiento jurídico es factible en tanto se establezca la distinción entre dos componentes fundamentales: la norma y la decisión.

Durante el Estado de excepción se suspende la norma revelando con absoluta pureza un elemento formal específicamente jurídico: la decisión, porque el soberano es el que se encuentra habilitado para decidir sobre el estado de excepción, lo cual garantiza su inserción en el ordenamiento jurídico, como pura “*auctoritas*” (Agamben 2004: 22)⁴². Sin duda, lo que está en juego en la *suspensión* es la creación de una situación que permita la aplicación de la norma “es decir, el estado de excepción separa la norma de su aplicación para hacer posible esta última” (Agamben 2004: 56)⁴³.

~~40 En este orden de cosas, la racionalidad gerencial envuelve el sistema de control, que se apropia de los principios de economización de los recursos, de eficacia para la obtención de beneficios (el mismo proceso que sufren los “servicios privatizados”). Véanse, desde dos perspectivas de análisis diferentes, De Giorgi (2006: 43s.); Diez Ripollés (2006); Asua Batarrita (2006: 244s.).~~

⁴¹ Maresca, M., (2005, 88); Gracia Martín, L., (2006, 1054).

⁴² Porque la decisión concierne a la anulación jurídica de la norma que configura un espacio que no es un afuera ni un adentro, pero el soberano está fuera del orden jurídicamente válido y sin embargo pertenece a él, puesto que es suya la decisión sobre la excepción.

⁴³ Es por ello que el estado de excepción en la teoría schmittiana puede ser definido como *el lugar en que la oposición entre la norma y su aplicación alcanza su máxima intensidad*. En este sentido Agamben trae a colación una conferencia dictada por Jacques Derrida llamada *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité* que le sirve de plataforma para afirmar que la fuerza del ley -como término técnico- define,

En este sentido, el estado de excepción es definido como la creación de un espacio en que aplicación y norma hacen visible su separación. De este modo, y debido a la brecha que se establece entre la norma y su aplicación, la constitución del ámbito normativo se lleva a cabo bajo la forma de la excepción, que funda el nexo entre ambas. En palabras de Agamben (2004: 62) “en todo caso, el estado de excepción señala un umbral en el que lógica y praxis se indeterminan y una pura violencia pretende actualizar un enunciado normativo *sin referencia real*”.

En efecto, Jakobs (2006d: 91), mediante la identificación de las *normas de combate* lo que intenta es la construcción de otros criterios que le permitan otorgar legitimidad sistémica a las normas que para él conforman el derecho penal del enemigo ya que quien no diferencia con claridad entre enemigo y delincuente civil no debe sorprenderse si confunde los conceptos de guerra y proceso penal⁴⁴. Esta construcción deviene como algo “natural” del desarrollo -en el transcurso de tres décadas- de la concepción de la pena de la que parte⁴⁵. En definitiva, queda claro que quien debe ser tratado como enemigo es aquel que niega de hecho la legitimidad del ordenamiento jurídico y pretende destruirlo, es un *ruido* en el sistema de comunicación sobre el que se estructura la sociedad (Polaino-Orts 2006: 74s.). De este modo, extiende el concepto ya sin referencia a tipos concretos, y amplía la definición en términos que recuerdan la caza de brujas “*puesto que quien se comporta continuamente como Satán, al menos no podrá ser tratado como persona en Derecho en lo que se refiere a la confianza de que cumplirá con sus deberes*” (Ambos 2006: 135).

Sin embargo, aún ante la incapacidad de establecer distinciones inmaculadas entre estas dos categorías⁴⁶, aquí reside el nudo del análisis que postula el autor. Delimita dos formas de actuación en los que la pena se orientará a distintos destinatarios, dependiendo de la función: el efecto confirmador se dispone para personas participantes de la comunicación y la apostasía para quienes no están dispuestos jurídicamente.

6. Conclusiones

tanto en la doctrina moderna como en el Derecho romano, una separación de la *vis obligandi* o de la aplicabilidad de la norma con respecto a su esencia formal, en virtud de la cual decretos, disposiciones y medidas que no tienen formalmente rango de ley adquieren, no obstante, fuerza de ley.

⁴⁴ En este sentido afirma Zaffaroni, E.R., (2006a: 25) que “*El concepto mismo de enemigo introduce de contrabando la dinámica de la guerra en el estado de Derecho como una excepción a su regla o principio, sabiendo o no sabiendo (la intención pertenece al campo ético) que esto lleva necesariamente al estado absoluto, porque el único criterio objetivo para medir la peligrosidad y dañosidad del infractor no es otro que la peligrosidad y dañosidad (real y concreta) de sus propios actos, es decir, de sus delitos, por los que debe ser juzgado y en su caso condenado conforme a Derecho. En la medida en que se abandone ese criterio objetivo se entra en el campo de la subjetividad arbitraria del individualizador del enemigo, que siempre invoca una necesidad que nunca tiene límites, una necesidad que no conoce gebot. De todas formas, lo que se discute en doctrina penal es la admisibilidad del concepto de enemigo en el Derecho penal del estado de Derecho y se considera como tal al que es penado sólo en razón de su condición de ente peligroso o dañino para la sociedad, sin que sea relevante si la privación de los Derechos más elementales a que se lo somete (sobre todo, a su libertad) se practique con cualquier otro nombre diferente del de pena y sin perjuicio, tampoco, de que se le reconozca un remanente de Derechos más o menos amplio.*”

⁴⁵ Cfr. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez (2006: 17). Asimismo, Jakobs (2006c: 114); Silva Sánchez (2006).

⁴⁶ Entre los autores que niegan la capacidad tanto epistemológica como sistemática de la lógica binaria con que estructura la respuesta penal Jakobs se encuentra Donini (2006: 608 s.) quien desde una lógica *fuzzy* admite matices entre el amigo y el enemigo, porque no existe una realización del Derecho que sea puramente amistosa o belicosa.

El carácter no acotado de la excepción redefine los planteamientos que podamos hacer respecto de las relaciones entre la ley y la soberanía en la postmodernidad. Por el contrario, si construimos el análisis desde una dimensión temporal (Mezzadra/Neilson 2008; San Martín Segura 2008; 2009), tendremos que anotar el carácter permanente de la excepción en los ordenamientos jurídicos actuales, lo cual implica inscribir la excepción permanente en las racionalidades de gobierno y en el esquema securitario.

Desde este punto de vista, aquello que define el carácter permanente de la excepción es fruto del desanclaje entre la legitimidad y la soberanía liberal en el espacio *möbius*. Desde el paradigma de Estado liberal la cuestión de la soberanía básicamente tiene que ver con su función legitimante, por lo tanto, cuando esta cuestión deja de ser interrogada, presumiblemente porque no hay ninguna respuesta disponible, el problema de la legitimidad comienza a tener menos importancia que el problema de la efectividad (Butler 2006: 127). El Estado puede ser legítimo o no, pero continúa “sobreviviendo” gracias a la gestión⁴⁷.

En este sentido, la crítica que efectuamos a la teoría de Jakobs no sólo tiene anclaje en las derivas retribucionistas e inocuidadoras que describe su teoría de la pena, sino fundamentalmente, en que el dogmático alemán, tras su tesis de separación entre los dos derechos penales, no logra desembarazarse de los escollos, que se presentan frente a las mutaciones de la soberanía y el control. La tesis del enemigo y de un derecho penal destinado a la protección contra los riesgos de destrucción de la sociedad, el mantenimiento de la identidad normativa y la apelación a la facticidad del ordenamiento jurídico, son elementos que describen efectivamente los derroteros actuales de la producción discursiva por parte del poder en busca de la revitalización de su legitimidad. Tanto Schmitt como Jakobs obtienen de la declaración de la excepción la garantía de la aplicación del derecho aún en situaciones de emergencia y, en consecuencia, su legitimidad deriva de su delimitación temporal, no obstante ser potencialmente actualizable (Schmitt 1998: 27-28). Sin embargo, desde el momento en que la excepción pierde su carácter limitado, privaría de significado la apelación a *lo real* como fundamento del orden. En este sentido, el Estado postmoderno y sus mecanismos de control exceden el ámbito de la legitimidad moderna, producen un exceso, un desborde que no puede ser acotado ni en la simbólica declaración de la enemistad, ni en la creación de otro derecho. Para nosotros, el paradigma de la excepción actual se *diferencia*, sobre todo, en lo que hace a su relación con el Derecho; ya que excede la mera suspensión del derecho ordinario (San Martín Segura 2008: 347 s.), se vuelve la racionalidad que *ordena* su funcionamiento. Hasta aquí hemos intentado aproximarnos a los mecanismos y a la racionalidad que subyacen a las prácticas de control actuales y, con ello, comenzamos a vislumbrar las *diferencias emergentes* de las respuestas normativas que derivan del carácter flexible del derecho.

7. Bibliografía

AGAMBEN, G., (2003): *Homo Sacer, El poder soberano y la nuda vida*, Trad. Gimeno Cuspina, 3ª reimpresión, Valencia: Pre-textos.

⁴⁷ La gobernabilidad debe utilizar la ley como táctica, a modo de “revitalizar” la soberanía espectral a través de los usos instrumentales de la ley. En su acepción estricta, Foucault presenta la gobernabilidad en conexión con la finalidad biopolítica del Estado liberal, como gestión o encauzamiento de la vida de las poblaciones y los flujos en una diversidad de lugares y modos a lo largo del territorio del Estado. Bajo estos términos debemos comprender el problema de la excepcionalidad material.

AGAMBEN, G., (2004): *Estado de excepción, Homo Sacer II, 1*, Trad. Cuspinera, Valencia: Pre-textos.

AMBOS, K., (2006): “*Derecho penal del enemigo*”, Trad. Gómez Jara-Díez, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Buenos Aires: BdeF, p. 119-161.

APONTE, A., (2006): “*Derecho penal del enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra*”, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Buenos Aires: BdeF, p. 205-237.

APPADURAI, A., (2007): *El rechazo de las minorías. Ensayo sobre la geografía de la furia*, Trad. Alvarez/Maira, Barcelona: Tusquets.

ASUA BATARRITA, A., (2006): “*El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas*”, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Buenos Aires: BdeF, p. 239-276.

BARATTA, A., /SILBERNAGL, M., (1986): “*La legislación de emergencia y la cultura jurídica garantista en el proceso penal*”, *Cuadernos de Política Criminal* 28, p. 157-192.

BARATTA, A., (1997): “*Política criminal: entre la política de seguridad y la política social*”, en Carranza, E., *Delito y seguridad de los habitantes*, México: Siglo XXI, p. 80-95.

BENJAMIN, W., (2007): “*Para una crítica de la violencia*”, en BENJAMIN, W., *Conceptos de filosofía de la historia*, Trad. Murena/Vogelmann, La Plata: Terramar.

BERGALLI, R., (2003): “*Las funciones del sistema penal en el Estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio jurídicas*”, en BERGALLI, R., (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 25-82.

BIGO, D., (2001): “*Internal and External Security(es): The Möbius Ribbon*”, en JAKOBSON, D., /ALBERT, M., /LAPID, Y., (eds.), *Identities, Borders, Orders: Rethinking International Relations Theory*, Minneapolis: University of Minnesota Press, p. 160-184.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A., (2007): *Política criminal de la exclusión*, Granada: Comares.

BUTLER, J., (2006) *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*, Trad. Rodríguez, Buenos Aires: Paidós.

CANCIO MELIÁ, M., (2006) “*De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?*”, en JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, 2ª. ed., Madrid: Civitas.

CANCIO MELIÁ, M., /FEIJÓO SÁNCHEZ, B., (2006): “*¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio Preliminar*”, en JAKOBS, G., *La pena estatal: sentido y finalidad*, Madrid: Civitas.

CAPELLA, J.R., (1993) *Los ciudadanos ciervos*, Madrid: Trotta.

CAPELLA, J.R., (1997) *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*, Madrid: Trotta.

CORNACCHIA, L., (2006): “*La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción*”, Trad. Romero Flores, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Buenos Aires: BdeF, p. 415-456.

DAL LAGO, A., (2004): *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Nuova Edizione, Milano: Feltrinelli.

DAL LAGO, A., (2006): “*Il problema del contesto nell’analisi dei conflitti contemporanei (ovvero, quando il terrorismo è un feticcio)*”, en MOROSINI, P., *Verso un diritto penale del nemico?*, *Questione Giustizia* 4, p. 653-665.

DE GIORGI, A., (2006) *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Introd. Brandariz García, J.A., /Faraldo Cabana, P., Trad. Brandariz García/Bouvier, Madrid: Traficantes de sueños.

DELEUZE, G., (2002a): *Diferencia y repetición*, Trad. Delpy/Beccacece, Buenos Aires: Amorrortu.

DELEUZE, G., (2002): “*Post-scriptum sobre las sociedades de control*”, en DELEUZE, G., *Conversaciones*, Trad. Pardo, Madrid: Editorial Nacional, p. 195-201.

DERRIDA, J., (1997): *Fuerza de ley. El “fundamento místico de la autoridad”*, Trad. Barberá/Peñalver, Madrid: Tecnos.

DIEZ RIPOLLÉS, J.L., (2006): “*De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*”, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Buenos Aires: BdeF, p. 553-602.

DONINI, M., (2006): “*El Derecho penal frente al “enemigo”*”, Trad. Cancio Meliá/Faraldo Cabana, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol.1., Buenos Aires: BdeF, p. 603-684.

DONINI, M., (2008): “*Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar*”, Trad. Guérez Tricarico, en CANCIO MELIÁ, M., /POZUELO PÉREZ, L., (coords.), *Política criminal en vanguardia: inmigración, terrorismo, criminalidad organizada*, Navarra: Thompson-Civitas, p. 32-56.

FANCHIOTTI, V., (2006): “*Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto*”, en MOROSINI, P., *Verso un diritto penale del nemico?*, *Questione Giustizia* 4, p. 699-713.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., (2006): “*El Derecho Penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho*”, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Buenos Aires: BdeF, p. 799-844.

FLAVIO GOMES, L./BIANCHINI, A., (2006): “*Derecho penal del enemigo y los enemigos del Derecho penal*”, Trad. Gómez Jara-Díez, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Buenos Aires: BdeF, p. 949-976.

FOUCAULT, M., (1990): *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Madrid: Siglo XXI.

FOUCAULT, M., (1991): *La verdad y las formas jurídicas*, Trad. Lynch, 2ª edición, Barcelona: Gedisa.

FOUCAULT, M., (1995): *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber. Vol I.*, Trad. Guiñázú, Madrid: Siglo XXI.

FOUCAULT, M., (2006): *Seguridad, Territorio, Población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, Trad. Pons, México: Fondo de Cultura Económica.

FOUCAULT, M., (2008): *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*, Trad. Pons, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

García Amado, J.A., (2006): “*El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs*”, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), *Derecho*

penal del enemigo. *El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Buenos Aires: BdeF, p. 887-924.

GARLAND, D., (2005): *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Trad. Sozzo, Barcelona: Gedisa.

GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (2006): “Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación del la normativización jurídico-penal”, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1., Buenos Aires: BdeF, p. 975-1002.

GRACIA MARTÍN, L., (2006): “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Buenos Aires: BdeF, p. 1067-1072.

GRECO, L., (2006): “Acerca del llamado Derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1., Buenos Aires: BdeF, p. 1081-1111.

HARDT, M., /NEGRI, A., (2002): *Imperio*, Trad. Bixio, Barcelona: Paidós.

JAKOBS, G., (1996): *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas.

JAKOBS, G., (1997): “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en JAKOBS, G., *Estudios Penales*, Trad. Peñaranda Ramos, Madrid: Civitas, p. 237-256.

JAKOBS, G., (2006b) *La pena estatal: Significado y finalidad*, Trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas.

JAKOBS, G., (2006c): “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, Trad. Cancio Meliá, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Buenos Aires: BdeF, p. 96-116.

JAKOBS, G., (2006d): *¿Terroristas como personas en Derecho?*, Trad. Cancio Meliá, CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Buenos Aires: BdeF, p. 77-92.

JAKOBS, G., (2008): *El Derecho penal como disciplina científica*, Trad. Van Weezel, Madrid: Civitas.

JAKOBS, G., /CANCIO MELIÁ, M., (2006a): *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Civitas, Madrid.

MARESCA, M., (2005): “Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley”, en PORTILLA CONTRERAS, G., *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid: Akal, p. 87-118.

MEZZADRA, S., /NEILSON, B., (2008): “Border as method, or the Multiplication of labor”, disponible en <http://eipcp.net/transversal/0608/mezzadraneilson/en>

MOROSINI, P., (2006): “Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali”, en MOROSINI, P., *Verso un diritto penale del nemico?*, *Questione Giustizia* 4, p. 687-698.

NEGRI, A., (2006): *La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política*, (Trad. Susana Lauro), Barcelona, Paidós.

PAYE, J.C., (2008): *El final del Estado de Derecho. La lucha antiterrorista: del Estado de excepción a la dictadura*, Trad. Morales Bastos, Hondarribia: Editorial Hiru.

POLAINO-ORTS, M., (2006): *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Buenos Aires: Editorial Mediterránea.

PORTILLA CONTRERAS, G., (2004): “*La configuración del homo sacer como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial*”, en PEREZ ÁLVAREZ, F., (ed.), *Serta in Memoriam Alessandri Baratta*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, p. 1401-1423.

PORTILLA CONTRERAS, G., (2007): *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, Valencia: Tirant lo Blanch.

PRITTWITZ, C., (2004): “*Derecho penal del enemigo ¿Análisis crítico o programa de Derecho penal?*”, Trad. Gómez Martín, en MIR PUIG, S., (dir.), CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V., (coords.), *La política criminal en Europa*, Barcelona: Atelier, p. 107-120.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., (2006): “*Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista*”, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Buenos Aires: BdeF, p.1425-1445.

SAN MARTÍN SEGURA, D., (2008): “*La excepción material y los contornos de lo ordinario: A propósito de la Usa Patriot Act*”, en PUENTE ABA, L., (dir.), ZAPICO BARBEITO, M., RODRÍGUEZ MORO, L., (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la Política Criminal*, Granada: Comares, p. 339-370.

SAN MARTÍN SEGURA, D., (2009): “*El riesgo como dispositivo de gobierno en la sociedad de control*”, en BRANDARIZ GARCÍA, J.A./FERNÁNDEZ DE ROTA, A., / GONZÁLEZ, R., *La globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política del movimiento*, Málaga: Universidad Libre Experimental/Universidade Invisível, p. 51-65.

SCHMITT, C., (1998): *El concepto de lo político*, Versión Agapito, Madrid: Alianza.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., (1992): *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: José María Bosch.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., (2006): “*Del Derecho abstracto al Derecho “real”. Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: sentido y finalidad, (Trad. y estudio preliminar Cancio Meliá, M., / Feijóo Sánchez, B.) Thompson, Civitas, Madrid, 2006*”, *Indret* 4/2006, disponible en www.indret.com

ZAFFARONI, E.R., (2006a): *El enemigo en el Derecho Penal*, Madrid: Dykinson.

ZAFFARONI, E.R., (2006b): “*La legitimación del control penal de los extraños*”, en CANCIO MELIÁ, M., /GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Buenos Aires: BdeF, p. 1115-1147.