

Alagia, Alejandro
Hacer sufrir - 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2013.
320 pp.; 21,5x15 cm

ISBN 978-950-574-309-4

1. Derecho penal. I. Título.
CDD 345

Fecha de catalogación: 18/11/2013

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Queda hecho el depósito que exige la Ley 11.723
Copyright by Editora Ar S. A.
Tucumán 927, 6º piso
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
www.ediar.com.ar
2013

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	15
EL MITO DE LA PENA INEVITABLE	19
1. El derecho penal argentino moderno	19
2. Filosofía política clásica	31
3. ¿Por qué la antropología política?	37
SACRIFICIO Y PENA	41
1. Intuiciones precursoras	41
2. Encuentro con los salvajes	47
3. ¿Pasión desaforada o institución social?	51
4. Beneficio y ambivalencia	53
FILOSOFÍA DE LA VIOLENCIA	57
1. Agresión mimética	57
2. Sacrificar	63
3. Olvidar el origen	73
4. ¿Vendetta interminable?	74
SERVIDUMBRE PUNITIVA	87
1. Sociedad contra Estado	87
2. El comienzo del fin: los <i>paniagudos</i>	94
3. Acuerdo y castigo	96

4. Pena pública y división social	106
5. Fracaso del antihobbes salvaje	109
6. Guerra	112
LA VULNERABILIDAD SACRIFICIAL	117
1. Aviso de incendio	117
2. Marx y el castigo	131
3. Expropiación del conflicto	134
HACER SUFRIR	141
1. ¿Venganza o poder punitivo en la sociedad feudal?	141
2. Primeras leyes sacrificiales	145
3. ¿La esclavitud es pena?	153
4. Razón moderna de trato sacrificial	158
SATISFACCIÓN EN LA LEY	169
1. "Menos penas que nos castigamos solos"	169
2. <i>Homo sacer</i>	176
MASACRE PRIMORDIAL	185
1. Historia y etnografía	185
2. Sacrificio constituyente	191
3. Destruir para reafirmar la sociedad	197
FANTASMAS GENOCIDAS	215
1. Irracionalidad salvaje, irracionalidad criminal	215

2. El caso argentino (1976-1983)	217
3. Normas penales de exterminio	221
4. Delito y pena en la masacre estatal	236
5. Encierro sacrificial	244
EL CASTIGO Y SUS DESTINOS	247
1. Regresa la retribución	247
2. Prevención general negativa	256
3. Prevención general positiva	259
4. Prevención especial positiva	264
5. Prevención especial negativa	266
6. El espíritu del derecho penal	267
7. Enemigo absoluto o derecho penal de autor	268
8. Fusión punitiva	270
9. Reacción abolicionista	274
GOCE PUNITIVO	277
1. En la retribución y en la prevención general positiva	277
2. Ideología penal: la parte por el todo	282
3. Apegos patológicos a la autoridad	290
4. Amor al castigo	291
5. El límite de la razón	294
CONCLUSIONES	301
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	305

*Dedicado a Guillermina y a mis hijos,
Nicoletta, Felipe y Benjamín.*

"La naturaleza de lo verdadero se trasparenta ya en el cuidado que ella pone en ocultarse".

Lévi-Strauss

"La vida se extingue allí donde existe el empeño de borrar las diferencias y las particularidades por vía de la violencia".

Vasili Grossman

INTRODUCCIÓN

los elementos
de la tesis?

Encontrar en la institucionalización del genocidio la materia de la que está hecho el castigo retributivo y toda pena es una verdadera sorpresa, tanto más perturbadora cuando deja ver trazos de una violencia sagrada. La naturaleza punitiva del genocidio tiene facilidad para sustraerse a la observación. Leyes de impunidad y borramiento de la memoria colaboran en el trabajo de invisibilización. También, parece haber sido el precio que la sociedad paga por hacer de la masacre estatal un delito de derecho internacional. Hecho fundacional que declara que los mayores peligros para la población tienen origen en el poder punitivo, mientras los juristas siguen abrazados a la idea de que la pena ilegítima no es pena.

Los rasgos sacrificiales en la masacre estatal no son menos evidentes que en la penalidad en general. El fegonazo que produce esa forma extrema de poder saca de la opacidad la pena pública para mostrarse como solución sacrificial. El libro que tienen en sus manos se propone describir un modo en que hombres y mujeres se relacionan con un tipo muy particular de sufrimiento distinto a cualquier otro. Es el resultado de la experiencia en el laboratorio social que el genocidio produce. La hipótesis es la siguiente: no es improbable que el trato punitivo organizado sea herencia de la solución sacrificial del mundo salvaje y que el hombre civilizado convirtió en modo de vida. Desde hace alrededor de cinco mil años se vive bajo amenaza y padecimiento punitivo en la creencia de que alguien tiene que sufrir o morir para que la sociedad viva.

No tienen que esperarse conocimientos nuevos. La única pretensión de originalidad radica en las barreras que se levantan entre "ciencia penal" y otros saberes especializados. La información que utilizamos

es conocida. Al tratarse de una investigación sobre el derecho penal, su fundamento y sentido, lo primero que salta a la vista es la opacidad con la que esta materia se cierra a la complejidad de la vida social. Como le ocurre a todo pensamiento doctrinario, sus fundamentos son dogmas, sin que por el hecho de tener origen en la ley del hombre estén menos rodeados de misterios que los de una doctrina religiosa bien sistematizada. Reducida la doctrina penal a interpretar órdenes y condiciones de validez del uso público de violencia sacrificial, no puede esperarse de ella una relación amistosa con las ciencias humanas y menos con el humanismo. Al contrario, la doctrina de la autoridad punitiva, entre todas, probablemente sea la más negada a los datos de realidad y, en los pocos casos en que una imagen del hombre o de la sociedad se hace inevitable, el derecho penal no tiene reparos en elegir la más conveniente con la idea dogmática de que sin castigo no hay sociedad humana posible, aunque mejores conocimientos lo contradigan. En este último sentido, el peso de la argumentación recae en descripciones de la solución punitiva formuladas por la sociología, del genocidio, la antropología política y el psicoanálisis. Con ello se intenta poner bajo observación lugares comunes de la cultura punitiva liberal, en la creencia de que cuanto más amplio sea el conocimiento de la problemática del delito y la pena más oportunidades se abren para reducir el sufrimiento humano.

Agradecimientos. En primer lugar, a Landelino César Franco, Director del Departamento de Postgrados Internacionales de la tricenaria Universidad Nacional de San Carlos de Guatemala, sin cuyas virtudes motivadoras este libro no hubiera sido posible. A Agustín Bourre, porque con él aprendimos, en el seminario sobre antropología y derecho penal que dictamos en el año 2010 en la carrera de postgrado, la importancia de la descripción etnográfica en la comprensión del fenómeno punitivo moderno. A José Laso, colaborador incansable en la búsqueda bibliográfica, y a los docentes Mariela Barresi, Emiliano Espejo, Paula Casal, César Guaragna, Adrián Fernández, Juan Martín Mongeló, Santiago Zurzolo Suárez, Eleonora Medina y Ezequiel Elbao, quienes me acompañan en el trabajo

De enseñanza de una teoría de la pena y del delito en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Finalmente, a Eugenio Raúl Zaffaroni, mi gran maestro, del que pude aprender que el derecho penal está abierto a las mayores atrocidades pero también a mejores oportunidades para la emancipación humana del trato cruel.

EL MITO DE LA PENA INEVITABLE

1. El derecho penal argentino moderno

CASTIGO

El dogma en las creencias del penalista es este: el hombre se abre paso del salvajismo a la civilización con la regla de castigo en la mano; instrumento insustituible de convivencia humana¹ y lenguaje que unifica muy diferentes versiones de la cultura punitiva nacional desde la época en que las elites locales consiguen la unidad del país. En 1940, con la aparición del *Tratado de Derecho Penal* de Sebastián Soler, una antigua tradición jurídica se renueva. Quiere adjudicarse el predominio perdido ante el positivismo criminológico y penal, más notorio en la enseñanza universitaria que en la práctica forense. Esta obra puede aspirar legítimamente a que se la reconozca como aquella que logró definitivamente, para la cultura jurídica penal argentina, el pasaje de la noción de delito como obra inevitable de un sujeto inferiorizado por degeneración a otra en la que, independientemente de cualquier imagen deshumanizada que se tenga del enemigo social, el delito es pura infracción de una norma que amenaza sufrimiento. El centro de gravedad del derecho penal vuelve a fijarse en el concepto de delito que regresa junto a la idea retributiva de pena. En este esquema las disciplinas criminológicas, más o menos sociológicas, más o menos médicas psiquiátricas, quedan reducidas al papel de hacer algo útil con la escoria humana prisionizada o a orientar la prevención policial para neutralizar su amenaza. Esta orientación de doctrina liberal interesa especialmente porque, sin el brillo artificioso y paternalista del viejo positivismo criminológico, tampoco faltan en este sofisticado sistema de comprensión normativa de delito y pena imágenes deshumanizantes del hombre y de la sociedad sustraídas de

¹ SOLER, S., *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 2.

~~especulaciones antropológicas heredadas de la filosofía política clásica.~~

Sin que importe el origen democrático de la orden jurídico-penal, esta doctrina que hace de la norma de conducta y castigo el principal objeto de conocimiento ocupó una posición hegemónica en la cultura punitiva del *estado liberal de derecho*² prácticamente hasta el final del siglo XX, momento en el que el escenario académico es sacudido por un vuelco radical con la obra del profesor Eugenio Zaffaroni.

Bajo la influencia de la "nueva criminología" o "criminología crítica", Zaffaroni introduce el *poder punitivo como objeto de conocimiento del derecho penal*. Las cosas en la cultura punitiva profesional del país no volverían a ser como antes, especialmente con la publicación de *En busca de las penas perdidas* en 1989, aunque otra obra anterior de 1983, *Muertes anunciadas*, anticipaba el cambio de rumbo. Nació con ello una *doctrina penal* que, fundada en datos de realidad, en lugar de legitimar la organización pública de sufrimiento, tenía como meta —para ganancia de la posición del jurista— reducir el trato punitivo irracional: *el peligro para la co-existencia humana no proviene del delincuente ni de su delito, sino de la reacción estatal para combatirlos*. El marco de realidad que sirvió de laboratorio para formular nuevas hipótesis para una *teoría del poder punitivo* fue el trato punitivo genocida que padecieron grupos enteros en América Latina bajo dictaduras militares, así como también otras no menos graves violaciones sistemáticas de derechos humanos cometidas en democracia por fuerzas policiales y de seguridad en la *guerra al delito*, contra trabajadores y campesinos movilizados, o el trato penitenciario de la región. Por cierto que la influencia de la criminología crítica europea y norteamericana fue un aporte fundamental, porque, aun en olvido de las manifestaciones más extremas de poder sacrificial, sus investigaciones se enfocaron casi exclusivamente en los procesos de *criminalización primaria y secundaria*³, lo que permitió un conocimiento más profundo del *ius puniendi* estatal. A la vez, facilita un mejor examen de las visiones

² Ibid., p. 13.

³ Sobre estos conceptos, ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal, parte general*, ob. cit., p. 6 y ss.

~~antropológicas que hacen del mito de la pena para que exista sociedad un dogma en el que encuentra fundamento la doctrina penal del estado liberal de derecho.~~

~~La idea de la inevitabilidad de la pena para que exista sociedad humana se renueva en el Tratado de Soler, en oposición a la tradición positivista y más cercana a la tradición de la filosofía política clásica. Por lo tanto no faltan, en esta primera obra moderna de derecho penal, imágenes antropológicas del hombre primitivo y civilizado. En el derecho penal positivista fue muy común identificar al delincuente con un estado evolutivo inferior. Con influencia de las ciencias naturales, especialmente de la embriología, se identificó en la ontogénesis del individuo la filogénesis de la especie humana. En cambio, en la obra de Soler se llega al mismo resultado con conclusiones antropológicas que en la época en que se escribe (tiene sucesivas ediciones, en 1945, 1963, 1970, 1987 y múltiples reimpresiones hasta 1992) ya hacía tiempo habían dejado de dominar el panorama de esta disciplina. Sin embargo, obtiene reconocimiento. Por su marcado etnocentrismo no pudo evitar la conclusión deshumanizante de una inferioridad humana natural: "debemos tratar con reservas toda hipótesis que lleve el intento de explicar los fenómenos primitivos de penalidad (...) atribuyendo al hombre salvaje, y aún bárbaro, los mismos sentimientos y modo de pensar nuestros". Esta ha sido la visión de cronistas, misioneros y colonizadores de los siglos XVI y XVII.~~

Soler introduce en la cultura penal a *James George Frazer* —*La rama dorada*, publicado en 12 volúmenes en Londres entre 1907 y 1914— y a *Lévy-Bruhl* —*La mentalidad primitiva*, publicado en París, en 1925—, tal como hizo luego Hans Kelsen en *Sociedad y Naturaleza* de 1943, para demostrar la naturaleza irracional y mágica del pensamiento primitivo que le impedía a su sociedad pegar el salto civilizatorio:

... la cultura del hombre primitivo no estaba construida sobre una base científica, naturalista y experimental, como la nuestra que des cansa, ante todo, en los principios de identidad, contradicción y razón

⁴ SOLER, S., ob. cit., p. 39 y ss.

el fel p
no es
el
deh aut
s a del
e

SO
JUL
2

suficiente. La idea de causalidad, tan influyente en todas nuestras actividades, se muestra totalmente rudimentaria, y gran parte de los fenómenos son explicados no por esa ley sino por principios mágicos.⁵

Esta es la opinión de Frazer, para quien la mente rudimentaria del salvaje razona como digiere un alimento⁶. De ello, el penalista deducía que el salvaje repartía castigo sin mirar a quien, a diferencia del hombre civilizado, que progresa, se hace racional y justo cuando conoce la regla de imputación causal y normativa.

[El salvaje] recibe sus características del grupo, clan o tribu a que pertenece, y el hecho por él ejecutado no tiene el sello de una obra individual propia sino colectiva. La reacción determinada por la lesión no cae sobre un individuo sino sobre todos aquellos que corresponden al mismo grupo.⁷

Con referencia en el cronista Félix de Azara⁸, introduce esta descripción: "Lo corriente es que estos indios no den razón de lo que hacen, y es bien difícil y aún imposible adivinarlo (...), no podríamos figurarnos cómo tales ideas pueden haber entrado en la cabeza humana"⁹. Otra del mismo tenor corrobora la misma impresión:

La supuesta ley divina impuesta al indio por sus sacerdotes y videntes era siempre prohibitiva, y sus ridículos y multifórmes preceptos (...) [tabú] penetraban en todas las manifestaciones de la vida indígena, impedían las más triviales acciones, eran, en fin, para el salvaje, una constante y abrumadora pesadilla.¹⁰

⁵ Ibid.

⁶ FRAZER, J., *La rama dorada: Magia y religión*, ob. cit., p. 34.

⁷ SOLER, S., ob. cit.

⁸ DE AZARA, F., *Viajes por América Meridional*, ob. cit., p. 74, cit. por SOLER, S., ob. cit., p. 72 y ss.

⁹ SOLER, S., ob. cit., p. 98.

¹⁰ Ibid., p. 99.

Es la venganza primitiva del salvaje irracional lo que para Soler impide el pasaje a la sociedad civilizada por efecto del estado permanente de guerra de todos contra todos¹¹. El manejo que el jurista argentino hace de la información etnológica es parejo al empeño igualmente ciego por legitimar castigo aun cuando a favor de una ficción se sacrifique la aspiración, nunca abandonada del todo por el penalista, de hacer del derecho penal una disciplina científica. No obstante, debe reconocérsele a Soler el primer intento por asomarse al estudio del conflicto en sociedades sin autoridad¹². Su irritante etnocentrismo, que no es menos profundo que el de los penalistas positivistas con los que polemizó, le hace afirmar que la nota distintiva de la prohibición primitiva es:

... su no correspondencia a situaciones objetivas, apreciada la realidad científicamente. Las prohibiciones más severas no son aquellas que corresponden a los actos más gravemente amenazantes para la colectividad, sino a los que como tales son juzgados de acuerdo a una concepción del mundo fuertemente cargada de notas animistas y anti-naturales. Por eso no debemos extrañarnos de que en muchas tribus el homicidio, aun cuando determine venganzas, no sea el hecho más grave. Aun comprobamos a veces, como entre los pampas, un cierto desprecio a la vida que les hace incurrir en graves excesos. El homicidio no determina necesariamente una situación social de escándalo...

Aunque reconoce entre los salvajes la existencia de "un firme sistema composicional", lo consideró extorsivo como aberrante su modo de imputación¹⁴. Su descripción de la forma primitiva de lidiar con el conflicto interno se comprende no por la singularidad de la sociedad salvaje sino por lo que ella carece desde el punto de vista de la civilización. Pero cuando no se la califica por lo que le falta se le asignan propiedades

¹¹ Ibid., p. 66.

¹² El parágrafo 11 dedicado al derecho y la costumbre penal en los pueblos aborígenes no distingue entre sociedades primitivas con estado de sociedades salvajes igualitarias (Ibid., p. 95 y ss.).

¹³ Ibid., p. 98.

¹⁴ Ibid., p. 105.

inexistentes, como la venganza privada ilimitada, imaginario con el que, desde los siglos XVI y XVII, la filosofía política clásica justifica la pena pública civilizada que pone fin al salvaje estado de guerra de todos contra todos. Pese a que la antropología estructural-funcionalista europea y norteamericana de 1940 y 1950 ponen punto final a esta "fantasía racionalista", Soler no abandonará –en las sucesivas ediciones del *Tratado*– la idea de la anarquía primitiva, la visión del hombre salvaje como un asesino irracional, y de la inevitabilidad de la pena pública para que exista sociedad¹⁵.

Al año siguiente de la aparición del *Tratado...* de Soler, regresaba del exilio el profesor español Jiménez de Asúa, quien se convertiría en maestro de una generación de jóvenes penalistas: su influencia llega hasta hoy en el panorama de la doctrina penal de la Argentina y de Latinoamérica. 1949 es el año de publicación del segundo *Tratado* moderno que continúa la nueva "etapa dogmática" del derecho penal argentino. Afectado por un saber enciclopédico que privó a su obra de originalidad, no menos germanófilo que Soler, al igual que éste justificó la pena pública en las mismas creencias etnocentristas: salvaje irracional y sociedad primitiva dominada por la guerra de todos contra todos por efecto de la venganza ilimitada. Sobre el carácter social de las penas primitivas, sostiene que en el hombre moderno sobreviven sus rastros:

... cuando un choque emocional nos retrotrae a los tiempos mentales prelógicos, cuando la personalidad cortical nos abandona y deja su imperio al yo arcaico el hombre reacciona colectivamente contra el transgresor de la norma, como acontece en los casos de la llamada Ley de Lynch.¹⁶

En contra de la antropología política de la época, insiste en que la pena pública es evolutivamente el pasaje de la anarquía salvaje a la civilización

que responde a una "voluntad de mantener una formación social"¹⁷. Encuentra en el fundamento de la venganza que caracteriza al mundo salvaje una "fuerza diabólica", y en la pena pública, racionalidad –ausencia de pasión–, que se apoya "en la necesidad de mantener una organización dada de relaciones entre los hombres"¹⁸. En las imágenes antropológicas de Soler y Asúa¹⁹ la institución del castigo es la condición de posibilidad de existencia social que increíblemente se niega para los salvajes como si la co-existencia humana hubiera nacido con la sociedad estática. Aunque debe reconocérsele al maestro español haber introducido a Freud de *Tótem y tabú*, que lo llevó a encontrar en el castigo público una "satisfacción suficiente", la cual canaliza racionalmente sentimientos que de otro modo "producirían la reacción brutal de las muchedumbres"²⁰, sin embargo, mientras él legitimaba pena en la necesidad de canalizar sentimientos vindicativos para que la sociedad exista, el creador del psicoanálisis hacía de esta particular institución de cultura una fuente permanente de poderoso malestar individual y social.

El profesor Edmundo Hendler fue el primero en responder críticamente a la doctrina del instinto primitivo de venganza ilimitada que la civilización racionaliza con la institución de la pena pública. En 1995 publicó *Las raíces arcaicas del derecho penal*, un texto que no se ocupa de la pena sino de la equivalencia entre los tabúes sexuales y el ordenamiento jurídico²¹. Fue escrito en polémica con un trabajo anterior de Roberto de Terán Lomas, *Las raíces del derecho penal en la sociedad primitiva*²², con el objetivo de responder a las ideas de Frazer y Lévy-Bruhl con las de Franz Boas y Lévi-Strauss. La tesis cierra definitivamente una

¹⁷ Ibid., p. 243.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado...*, ob. cit., T. II, p. 14.

²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Psicoanálisis criminal*, ob. cit., p. 225 y ss.

²¹ HENDLER, E., *Las raíces arcaicas del derecho penal*, ob. cit., p. 65 y ss.

²² TERÁN LOMAS, R., en *Revista de derecho penal y criminología*, n° 3, julio-septiembre, 1971, p. 405 y ss.

¹⁵ Ibid., p. 289.

¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de derecho penal*, ob. cit., T. I, p. 241.

tradición penal que funda el *derecho de punir* en el salto evolutivo de la irracionalidad salvaje a la racionalidad civilizatoria, es decir, en el pasaje de la naturaleza a la cultura:

... el pensamiento prevaleciente, con mayor o menor variante de detalle, es el de una evolución histórica progresiva cuya transformación más significativa fue la asunción por el estado del castigo de las transgresiones y la consiguiente conversión en asunto público de lo que anteriormente fue la venganza privada.²³

En el estudio del profesor Hendler el lugar de Lucien Lévy-Bruhl y de James George Frazer es ocupado por Franz Boas —*Cuestiones fundamentales de Antropología Cultural*, 1964— y Lévi-Strauss —*El pensamiento Salvaje*, 1962, y *Antropología Estructural*, 1973—, para quienes no sólo no existe una diferencia fundamental en los modos de pensar del hombre primitivo y el civilizado, sino que la causa de la inferiorización salvaje se encuentra en la mentalidad colonizadora del etnocentrismo cultural que se niega a reconocer una "matriz común que hace equivalentes los catálogos de prohibiciones de culturas totalmente diversas"²⁴.

Franz Boas, quien cambió el conocimiento antropológico del siglo XX —especialmente en los Estados Unidos—, partió de la identidad en la estructura mental del hombre. *The mind of primitive man* de 1911 está dedicado a refutar la teoría que diferencia al ser humano en razas superiores e inferiores. No ignoró las diferencias físicas, étnicas y culturales de los grupos humanos, pero señaló que la cultura occidental las utilizó para inventar un concepto de raza y justificar con ello el abismo que la doctrina racista introduce entre el salvaje irracional —calificación en la que están incluidos los pobres— y el hombre civilizado:

Es impresión general recogida por numerosos viajeros, y basada también en experiencias obtenidas en nuestro propio país, que el hombre primitivo de todas las razas, y el menos educado de nuestra propia

raza, tienen en común la falta de dominio de sus emociones, que ceden más fácilmente a un impulso que el hombre civilizado y el de educación superior. Esta impresión proviene especialmente de que se olvida considerar las ocasiones en que formas varias de la sociedad exigen un fuerte dominio de los impulsos (...) Demasiado a menudo el viajero o el estudioso (...) juzgan el impulso hacia las explosiones de ira según su propio patrón de medida.²⁵

Lévi-Strauss, de igual talla que Boas, desde el *Collège de France* lanzaba sus dardos contra un racismo psicologizante:

Nunca y en ninguna parte, el *salvaje* ha sido, sin la menor duda, ese ser salido apenas de la condición animal, entregado todavía al imperio de sus necesidades y de sus instintos, que demasiado a menudo nos hemos complacido en imaginar y, mucho menos, esa conciencia dominada por la afectividad y ahogada en la confusión.²⁶

Lo que resulta más perturbador es descubrir que esta inferiorización psicologizante se renueva con el positivismo jurídico de Hans Kelsen y que Soler introduce en el derecho penal para demostrar que la pena pública es el progreso civilizatorio que pone fin a la irracionalidad vindicativa del salvaje. En 1943, en los Estados Unidos Kelsen escribe una extraña obra de investigación etnográfica, *Sociedad y naturaleza*, traducida al español en 1949 por Jaime Perriau, discípulo argentino de Ortega y Gasset, abogado de magnates nazis en la Argentina, ministro de justicia de la dictadura del general Levingston e ideólogo de la dictadura genocida de 1976-1983. Las conclusiones a las que arriba son: a) El monopolio estatal de la violencia que el derecho organiza es la respuesta inevitable que tiene la sociedad para salir del estado de venganza interminable de los salvajes²⁷; b) Los salvajes son irracionales porque carecen de la idea de causalidad natural, que es la que domina en el pensamiento

²⁵ BOAS, F., *Cuestiones fundamentales de la antropología cultural*, ob. cit., pp. 140 y 141.

²⁶ LÉVI-STRAUSS, C., *El pensamiento salvaje*, ob. cit., p. 69.

²⁷ Especialmente este punto de partida en su *Teoría general del derecho y del estado*, ob. cit., p. 24.

²³ HENDLER, E., ob. cit., p. 15.

²⁴ *Ibid.*, p. 54.

científico que comienza con los griegos: la mentalidad primitiva desconoce el dualismo que consiste en considerar la naturaleza como orden causal y la sociedad como orden normativo²⁸; c) Los salvajes son animistas: las desgracias ~~una muerte~~ son un castigo y la fortuna una recompensa, de lo que deduce que para el salvaje los hechos naturales son intencionales (antropomórficos)²⁹; d) Reemplaza la regla de intercambio que hace a la sociedad primitiva por una regla (social) fundamental de retribución: si un hombre es asesinado debe ser vengado bajo amenaza de castigo sobrenatural, "este instinto natural de venganza puede observarse no sólo entre los primitivos sino también entre los niños y los animales"³⁰.

Es tan poderoso el mito de la pena pública inexorable para que exista sociedad que retorna por esta vía pseudopsicológica. Si para la segunda mitad del siglo XX estaba mal visto calificar al salvaje —y al criminal— de degenerado e inferior, la cultura liberal y especialmente el positivismo jurídico tienen abierto el camino de la irracionalidad, aunque para esa época en la antropología ya no se discutía que "el salvaje emocional y animista" había creado los dos sistemas normativos más complejos que produjeron el pasaje de la naturaleza a la cultura: la convención del lenguaje y las reglas de parentesco para la evitación del incesto. Ausente la razón en el salvaje, el único mérito que se le reconoce es el de antecesor del hombre racional, aun cuando en su estupidez añorada —como creía Lévy-Bruhl— manufacturará útiles, domesticará plantas y animales, creando así las condiciones para la civilización³¹. No obstante lo cual ésta no ahorrará esfuerzos, a su turno, para extender el poder de domesticación hasta alcanzar a la mayoría de hombres y mujeres. Como Kelsen, cuya obra es testimonio del esfuerzo por hacer del derecho una ciencia depurada de prejuicios, dogmas e ideologías, llegó a racionalizar el orden

jurídico sobre la fantasía de una irracionalidad vindicativa primitiva es prueba suficiente, no sólo de la fuerza del mito, sino también de la habilidad para presentarse bajo los más diversos disfraces. Cuando en 1940 Sebastián Soler incorporó esta idea como punto de partida antropológico, se abrió en el país una nueva etapa del derecho penal. Recordemos que un año antes se había publicado el *Tratado de derecho penal* de Eusebio Gómez, basado en la idea de la peligrosidad del delincuente a causa de su degeneración biológica³². Hasta esa época las dos obras alemanas más influyentes habían sido el *Tratado* de Franz von Liszt, de raíz positivista, y el *Derecho Penal* de Edmund Mezger, desnazificado, del que Soler adopta su modelo dogmático; ambas obras, pese a representar tradiciones diferentes, coinciden en su visión de la "sociedad natural". Liszt afirmaba que el punto de partida de la historia de la pena coincide con el punto de partida de la convivencia social de los hombres. Es decir, no hay sociedad humana sin castigo: "Hasta el más remoto período, accesible a la indagación histórica, entre las razas más duras y degeneradas, hallamos la reacción social [punitiva] (...) contra el miembro de la sociedad que ha transgredido las normas de la convivencia..."³³. Además agrega que "para no encender la guerra entre todos se necesita un orden de paz, que es al mismo tiempo un orden de lucha que doblega las resistencias de las voluntades individuales"³⁴.

Por su parte, Mezger sostiene que "la pena proviene de la venganza irracional que luego la sociedad de estado racionaliza y humaniza"³⁵ y que "resulta en primer término de la demostración de que el castigo constituye un medio indispensable para la conservación de una comunidad social humana. La pena es un mal que afirma el derecho"³⁶. Para los discípulos de Soler las cosas no son diferentes. Fontán Balestra sigue a su

²⁸ Kelsen, H., *Sociedad y naturaleza, una investigación sociológica*, ob. cit., p. 405.

²⁹ *Ibid.*, p. 71.

³⁰ *Ibid.*, p. 79; también, "Causalidad e imputación", ob. cit., p. 221.

³¹ Sobre los orígenes de la ciencia racional en la sociedad primitiva, BERNAL, J., *La ciencia en la historia*, ob. cit., p. 59 y ss.

³² GÓMEZ, E., *Tratado de derecho penal*, ob. cit., pp. 85, 248 y ss. y 336 y ss.

³³ VON LISZT, F., *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 19.

³⁴ *Ibid.*, T. II, p. 4.

³⁵ MEZGER, E., *Derecho penal, Libro de estudio, Parte general*, ob. cit., p. 32.

³⁶ *Ibid.*, p. 379.

maestro en la consideración de la mentalidad irracional del salvaje y en su idea de que la venganza irracional se organiza con la autoridad punitiva talional: "Cuando el Estado se hace fuerte y comprueba que la venganza de sangre y las demás formas de represión turban la paz de la sociedad y destruyen la familia, interviene la pena pública"³⁷. Ricardo Nuñez también considera que la pena proviene de la venganza sin límites y al talión lo señala como la primera venganza organizada³⁸.

El problema del hombre primitivo consiste en que actúa y no piensa. Por ello su historia es una larga crónica de crímenes y tonterías. La sociedad primitiva es una sociedad sanguinaria porque sus miembros son irracionales. El hecho de que se describa al salvaje como cruel e inhumano se debe a que este tipo de antropología de escritorio, como dice Max Gluckman, sea más impresionable a la venganza resultante de un intercambio o compromiso frustrado que a las disputas que acabaron en distintos tipos de arreglos, además de que señala el poderoso justificativo que la inhumanidad de los salvajes significaba para la "pacificación" colonialista³⁹.

Desde la tradición iniciada en nuestro país por Jiménez de Asúa, y bajo la influencia de la reformulación dogmática del delito promovida por Hans Welzel en Alemania, en el exilio español Enrique Bacigalupo escribe un *Manual* que junto al Tratado de Eugenio Zaffaroni constituirán las obras de doctrina más influyentes en la enseñanza y orientación de la magistratura en el período posterior a la dictadura cívico-militar de 1976-1983. En los quince años que separan la primera de la segunda edición de 1999 del *Manual* no hay cambios en Bacigalupo en la idea de que sin castigo para criminales no hay estabilidad ni equilibrio social⁴⁰. En cambio, abierta a la especulación filosófica y a las ciencias sociales, la obra

de Zaffaroni no elude el desafío por el origen de la pena, aunque, a diferencia de sus trabajos posteriores que revolucionan las concepciones del poder punitivo y el derecho penal en toda América Latina, en esta obra de 1980 en cinco volúmenes⁴¹ concebiría al castigo igual a como lo hace Welzel⁴². La pena cumple la función posibilitadora de la co-existencia humana al impedir la guerra civil de todos contra todos⁴³ aunque lejos de cualquier inferiorización del hombre primitivo.

Fue una sorpresa que en 1991 apareciera en Buenos Aires una tesis que resucita la doctrina de la irracionalidad de los salvajes con el propósito de justificar castigo sobre conductas sin resultado lesivo. En *Teoría del delito y disvalor de acción* el profesor Marcelo Sancinetti establece que, si para el salvaje un resultado malo *debe* castigarse y un resultado bueno recompensarse, el hombre civilizado se diferencia en que puede distinguir entre intención y consecuencia, de modo de poder castigar también intenciones sin resultado porque, desde el punto de la mala intención (quebrantamiento del deber), las consecuencias son indiferentes para la regla penal de sumisión⁴⁴. Extraña solución, ya que en la inferiorización del salvaje irracional frente al conflicto se lo emparenta con la tradición penal liberal que conserva de épocas más gloriosas el principio *no hay pena sin lesión*.

2. Filosofía política clásica

Más de tres siglos antes Tomas Hobbes no necesitó denigrar salvajes para justificar soberanía punitiva. Cronistas, misioneros y colonizadores vieron en ellos la anarquía vindicativa que la moderna teoría política describe como *estado natural* que precede al estado político. Más tarde, en

³⁷ FONTÁN BALESTRA, C., *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 96.

³⁸ NUÑEZ, R., *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 43.

³⁹ GLUCKMAN, M., *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal*, ob. cit., p. 142.

⁴⁰ BACIGALUPO, E., *Manual de derecho penal*, Temis, Bogotá, 1984 y Buenos Aires, 1999, pp. 3 y 41 respectivamente.

⁴¹ ZAFFARONI, E., *Tratado de derecho penal*, ob. cit., 1980.

⁴² WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 10 y ss.

⁴³ ZAFFARONI, E., *Tratado de derecho penal*, ob. cit., T. I, p. 44.

⁴⁴ SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, ob. cit., p. 115 y ss.

la antropología evolutiva y racista, la anarquía no tendrá como causa las pasiones del hombre natural; se justificará en la degeneración o en la irracionalidad. Al contrario, Hobbes escribió que la igualdad en las facultades mentales es la condición natural del género humano por cuya causa:

... si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos (...) y tratan de aniquilarse o sojuzgarse uno a otro (...) con todo ello es manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos (...) Acaso pueda pensarse que nunca existió un tiempo o condición en que se diera una guerra semejante, y, en efecto, yo creo que nunca ocurrió generalmente así, en el mundo entero, pero existen varios lugares donde viven ahora de ese modo. Los pueblos salvajes en varias comarcas de América (...) carecen de gobierno en absoluto, y viven actualmente en ese estado bestial.⁴⁵

Habían pasado ochenta años del ensayo de Montaigne *De los caníbales* en el que se señalaba que sus contemporáneos superaban a los salvajes en toda clase de barbarie.⁴⁶

Esta hipótesis es una fuente argumentativa que, sorprendentemente, sigue viva en la obra del filósofo de la violencia René Girard, quien tomará la idea de violencia mimética dominante en sociedad y asociará castigo público con sacrificio humano. En Hobbes la sociedad primitiva no está condenada ni por degeneración ni por irracionalidad del salvaje sino por la falta de gobierno punitivo para garantizar la distinción "entre tuyo y mío" en que se basa la propiedad y el dominio⁴⁷. Entre el deseo inagotable de poder y el temor a la muerte se alza la soberanía punitiva

como solución que evita la anarquía vindicativa⁴⁸. Pero las imágenes que tiene en la cabeza remiten menos a la sociedad primitiva que a la guerra civil que convulsiona su país⁴⁹. De todos modos nunca falta en la tradición política moderna una referencia a la anarquía salvaje para justificar la institución de la pena pública⁵⁰. En *El príncipe* de Maquiavelo (1532) o *Los seis libros de la república* de Bodin (1576) la soberanía punitiva todavía es asunto de familias, a diferencia del carácter más marcadamente impersonal de *Leviatán* en la fundamentación del Estado.

Un siglo antes y sin el clima revolucionario que haría famosa *Dei delitti e delle pene* (1764) de Cesare Beccaria, Hobbes dedica los capítulos XXVII y XXVIII a fijar un esquema de derecho penal y procesal liberal básico. Establece un régimen de castigo público con garantías individuales para el juicio, la calificación de una conducta como delito y la graduación de la pena. Define el principio de legalidad penal y la prohibición de retroactividad, el error de prohibición y otras causas de inculpabilidad; establece criterios de agravación y atenuación de las penas; fija los principios del debido proceso penal, los delitos y el sistema de penas. Contemporáneo de Baruch de Spinoza, coincidirá en la primacía en el hombre (salvaje o civilizado) de pasiones y afectos "ciegos" que inclinan a la venganza por lo "que están hechos de tal manera que no pueden vivir sin una ley común"⁵¹. Ambos justifican, de igual modo, la soberanía punitiva en la amenaza de anarquía⁵². En Locke, también el origen del poder político radica en un derecho de la autoridad a fijar

⁴⁵ HOBBS, T., *Leviatán*, ob. cit., pp. 101-102.

⁴⁶ MONTAIGNE, M., *Ensayos completos*, ob. cit., p. 237.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 104.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 137 y ss.; amplias consideraciones sobre este punto, en SCHMITT, C., *El Leviatán, en la teoría del estado de Tomás Hobbes*, ob. cit., p. 29; sobre el miedo a la muerte en el origen del Estado, especialmente, STRAUSS, L., *La filosofía política de Hobbes. Su fundamento y su génesis*, ob. cit., p. 32.

⁴⁹ Sobre ello, RINESI, E., *Política y tragedia. Hamlet, entre Maquiavelo y Hobbes*, ob. cit., p. 177 y ss.

⁵⁰ El uso del concepto de desprecio en la filosofía política para convertir al hombre en súbdito, en SLOTERDIJK, P., *El desprecio de las masas*, ob. cit., p. 29 y ss.

⁵¹ SPINOZA, B. de, *Tratado político*, ob. cit., p. 37.

⁵² *Ibid.*, p. 53.

castigos, incluso la pena de muerte, para evitar que los hombres –como en el estado de naturaleza– sean “jueces de sus propias causas”⁵³. Los neocontractualistas del siglo XX, como John Rawls y Robert Nozick, siguen apegados a la imagen de la sociedad natural como *bellum omnium in omnes*, pero en ellos aparece sólo como formulación hipotética, un *como si* de base sobre el que se legitima la necesidad inevitable de autoridad punitiva para que exista sociedad⁵⁴.

El juicio negativo del hombre primitivo no comienza en la modernidad. Los filósofos griegos se distinguieron por cómo juzgaban la sociedad salvaje. Unos la desprecian, al ver en ella el reino de la pasión y la violencia interminable, y en la ley, por el contrario, lo que evita la anarquía. Otros, en cambio, la exaltan pues reconocen en el estado natural el reino de la libertad⁵⁵. Ésta es también la concepción originaria griega del mundo: caos, ley de la aniquilación (*physis*) en oposición a la ley en y por la ciudad (*nomos*). La diferencia radica en que en la cultura griega la justificación de la soberanía punitiva no proviene únicamente del fantasma a un regreso al salvajismo primitivo sino también, y principalmente, de la imagen de su propio mundo, un poco a la manera como Roger Bartra explica el imaginario del Otro salvaje de los colonizadores por las ideas que tenían de los “inferiorizados” por ellos en el viejo mundo europeo⁵⁶; o como antes lo había hecho el genial Rousseau señalando que el “salvajismo” era la perfecta imagen del individualismo competitivo de la sociedad burguesa⁵⁷. Incluso, como dice Cornelius Castoriadis con profundidad psicoanalítica, el caos para los griegos no es simple desorden: “hay en lo

⁵³ LOCKE, J., *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, ob. cit., p. 15.

⁵⁴ RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, ob. cit., p. 143 y ss.; NOZICK, R., *Anarquía, estado y utopía*, ob. cit., p. 94 y ss.

⁵⁵ TERRAY, E., *La política en la caverna*, ob. cit., p. 76 y ss.

⁵⁶ BARTRA, R., “El mito del salvaje”, ob. cit., p. 88 y ss.

⁵⁷ ROUSSEAU, J. J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de los hombres*, ob. cit., p. 291.

más recóndito del mundo un caos como desorden innombrable”⁵⁸. De todos modos no deja de estar omnipresente entre los griegos la idea que será recurrente en la cultura occidental hasta el presente: que la fundación del Estado le debe al derecho y la soberanía punitiva “haber distinguido los hombres de los animales que se comen unos a otros”⁵⁹.

Cuando la antropología de la segunda mitad del siglo pasado liberó a la teoría social crítica –marxista y no marxista– de su lastre evolutivo y positivista fue un hecho cultural de significación que despejó el camino para pensar la soberanía punitiva, tal vez, como la mayor de las tragedias humanas. El origen de la civilización también es origen de un destino punitivo trágico que la división social hace inexorable. De un “mundo” salvaje en el que la autoridad está allí para no mandar y representar al primer deudor de la sociedad, se pasa a un “mundo” de soberanía punitiva que convierte en deudores de sumisión incondicional a casi la totalidad de la población. Dicho de otra manera, mientras que la sociedad actual está obligada a luchar contra la soberanía punitiva para reducirla o contenerla, si quiere seguir existiendo, entre los salvajes, al contrario, se luchaba para impedir que algo así surgiera del interior mismo de la sociedad. Anular de manera casi automática el efecto que los factores históricos podrían tener sobre el equilibrio y continuidad de su sociedad es una intención permanente que guía la vida de los salvajes. De allí la distinción que hace Lévi-Strauss de sociedades “calientes”, que interiorizan resueltamente el devenir histórico para hacer de él el motor de su desarrollo, y sociedades “frías”, conservadoras por naturaleza⁶⁰. El *mal encuentro* o *accidente trágico* de la sociedad con la soberanía punitiva, en este sentido de cambio radical, no es menos relevante para la historia humana que la revolución neolítica para el dominio del hombre sobre la naturaleza. La producción de excedentes alimentarios no sólo crea la oportunidad para el despegue civilizatorio, también para la soberanía punitiva que se

⁵⁸ CASTORIADIS, C., *Lo que hace a Grecia. 1. De Homero a Heráclito*, Seminarios 1982-1983. *La creación humana II*, ob. cit., p. 340.

⁵⁹ JAEGER, W., *Paideia: los ideales de la cultura griega*, ob. cit., p. 274.

⁶⁰ LÉVI-STRAUSS, C., *Antropología estructural*, ob. cit., p. 32.

abre paso con la división social. Esta tensión entre progreso y tragedia social se hará conocida más como *dialéctica de la modernidad* que como *dialéctica civilizatoria*. En el *Manifiesto Comunista* de 1848 Karl Marx expresa por primera vez la contradicción en imágenes y sentimientos con los que se organizan las primeras asociaciones de oprimidos y explorados. Casi un siglo después, se ocupará de este fenómeno la teoría crítica de Adorno y Horkheimer en *Dialéctica del iluminismo*⁶¹, expresiva de una cultura de izquierda identificada con la rebeldía anticapitalista que se extiende a todos los ámbitos de la cultura, incluso en una criminología crítica.

No se trata tampoco de reeditar el mito opuesto del *buen salvaje*. La desgracia de la sociedad primitiva es de otro orden; no proviene de la amenaza de enemigos internos ni de la autoridad punitiva que no conocen; tampoco de la falta de Estado o de su economía de subsistencia, porque la sociedad primitiva es sociedad *contra* el Estado y *contra* el excedente en tanto políticas para impedir la división social y con ello la emergencia de una autoridad punitiva. Sin embargo, el precio que han de pagar por conservar autonomía, igualdad social y libertad es inmensamente alto: la tragedia de la guerra, el de ser *sociedades para la guerra*. No es la única fatalidad salvaje; hay más: el sacrificio, institución primitiva por la que alguien es señalado —en circunstancias extraordinarias— como objeto de padecimiento para que la sociedad viva.

Desde el momento en que la antropología política demuestra que entre los salvajes la pena nunca dominó para intervenir en el conflicto interno ni para detener la venganza ilimitada o la guerra de todos contra todos, la pena pública queda huérfana de fundamentación como progreso civilizatorio que hace posible la sociedad humana. Pero la caída del mito no detiene el reinado del trato punitivo porque su naturaleza y

persistencia no le debe nada a una falsa imagen. Sin embargo, la revolución interna que produce en el saber, de los penalistas, señalar al castigo como fenómeno irracional de la política⁶² tiene la impronta de una idea de sociedad dominada por la tensión entre pulsión genocida con origen en el "estado de policía" y la fuerza contraria proveniente del "estado de derecho", representado por el derecho penal, que —en tanto técnica de interpretación de ley— debe ocuparse de reducir la amenaza punitiva⁶³. Por otra parte, poco se sabe sobre el significado de la pulsión genocida irracional en el estado de policía. Más recientemente, Zaffaroni califica la *masacre estatal* como hecho eminentemente punitivo y sacrificial⁶⁴, con lo que abren perspectivas para extender esta conjetura a la penalidad en general.

3. ¿Por qué la antropología política?

Los avances de la investigación etnológica nos convencen cada vez más de que las sociedades consideradas atrasadas y primitivas, dejadas de lado por la evolución, relegadas en regiones marginales y destinadas a la extinción, constituyen formas de vida social originales perfectamente viables siempre y cuando no sean amenazadas desde el exterior. Sería un error, dice Lévi-Strauss, infravalorarlas por haberlas conocido en un estado miserable. "Lo que les confiere un valor inestimable, aún empobrecidas, es que esas miles de sociedades que existieron y de las cuales todavía existen cientos en la superficie de la tierra constituyen *experiencias ya listas*"⁶⁵. Una civilización no puede pensarse a sí misma si no dispone

⁶¹ HORKHEIMER, M. y ADORNO T., *Dialéctica del iluminismo*, ob. cit., p. 266 y ss. En el mismo sentido, HORKHEIMER, M., *Teoría tradicional y teoría crítica*, ob. cit., p. 89 y ss. y *Crítica de la razón instrumental*, ob. cit., p. 185. Una perspectiva más amplia de las contradicciones de la modernidad, en BERMAN, M., *Todo lo sólido se desvanece en el aire*, ob. cit., p. 94 y ss.

⁶² ZAFFARONI, E., *En busca de las penas perdidas*, ob. cit., p. 73 y ss.

⁶³ ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal, parte general*, ob. cit., p. 3 y ss.

⁶⁴ ZAFFARONI, E., *Crímenes de masa*, ob. cit., p. 63 y ss., *La palabra de los muertos*, ob. cit., p. 479 y ss.

⁶⁵ LÉVI-STRAUSS, C., *La antropología frente a los problemas del mundo moderno*, ob. cit., p. 39.

para su comparación del punto de vista de otra; ninguna fracción de la humanidad puede aspirar a comprenderse sino por referencia a otras:

Los antropólogos están para dar testimonio de que el modo en que vivimos, los valores en los que creemos no son los únicos posibles; que otros tipos de vida, otros sistemas de valores han permitido y permiten aún a algunas comunidades humanas alcanzar la felicidad (...) Hoy en día, sabemos que algunos pueblos designados como primitivos, que ignoran la agricultura y la ganadería, o que tan sólo practican una agricultura rudimentaria, a veces sin conocimientos de alfarería ni tejido, y que principalmente viven de la caza y de la pesca y la recolección de productos silvestres no están atenazados por el miedo a morir de hambre y la angustia de no poder sobrevivir en un medio hostil (...) Como quedó demostrado con una serie de estudios minuciosos realizados en Australia, América del Sur, Melanesia y África, de dos a cuatro horas de trabajo cotidiano bastan sobradamente a sus miembros activos para asegurar la subsistencia de todas las familias.⁶⁶

Al contrario de la opinión de la filosofía clásica, la cohesión social y el buen entendimiento en el seno del grupo resultan preferibles a cualquier innovación. De tal forma "la cuestión litigiosa se posterga tantas veces como sea necesario para alcanzar una decisión unánime"⁶⁷. Las sociedades primitivas tienen historia como todas, pero a diferencia de lo que sucede entre nosotros, donde la civilización está hecha para cambiar, los salvajes se niegan a la historia y se esfuerzan por esterilizar en su interior todo aquello que pudiera constituir el esbozo de un devenir histórico. La sociedad, como la ve Lévi-Strauss, funcionaría sobre la base de una *diferencia de potencial*, como una máquina de vapor, donde los antagonismos entre fuentes de calor y frío que hacen mover los mecanismos son comparables a las diferencias jerárquicas que a lo largo de la historia han adoptado el nombre de esclavitud, servidumbre, división de clases. Tales sociedades crean y sostienen en su seno desequilibrios que utilizan para producir más orden, pero a su vez mucha más entropía —desorden— en

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 66-67.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 109.

lo que hace a las relaciones entre las personas. En cambio, las sociedades que estudian los antropólogos —en oposición a esa imagen de violencia interminable que se hizo de ellas el derecho penal— pueden ser consideradas sistemas de baja entropía y "funcionan cerca del cero absoluto de temperatura histórica", básicamente por ser sociedades igualitarias regidas por las reglas de intercambio y de la unanimidad. Este punto de vista, que se opone al etnocentrismo antropológico y jurídico, es explorado para indagar la prehistoria del castigo y por ello se sigue, en la esperanza de encontrar respuestas que de otro modo seguirían enterradas en el dogma clásico que sólo ve entre los salvajes el recuerdo de una anarquía homicida que impide toda sociedad y en la pena pública la respuesta civilizatoria sin la cual el mundo como hoy se lo conoce desaparecería⁶⁸.

⁶⁸ Sobre la desacralización del Estado por la antropología política, ABÉLÈS, M., *Antropología de la globalización*, ob. cit., p. 156.

SACRIFICIO Y PENA

1. Intuiciones precursoras

En el fin de la monarquía esclavista de los señores brasileiros del azúcar, y apenas unos años antes del nacimiento de la república oligárquica del café, un poeta mulato, magistrado abolicionista, escribió en 1889 una obra de derecho penal que es convencional en todo menos en su originalísima contribución al significado del castigo. Desde Recife, la antigua capital imperial de Brasil, nadie como Tobías Barreto llegó tan lejos en su época en la especulación sobre la relación de pena pública con sacrificio humano. Hasta hoy puede considerárselo un precursor de la idea del castigo como un fenómeno irracional de la política. Crítico de las divagaciones metafísicas del racionalismo penal pero no de la filosofía, amigo del naturalismo evolutivo, sin por ello caer en la idea de delito como enfermedad y la pena como remedio, fue el primer profesor de derecho penal de América y Europa en señalar la imposible racionalización del castigo estatal. Vio en el origen histórico de la pena pública "un primer momento en la serie evolutiva del sentimiento que se transforma en idea" y, con influencia de la antropología legal evolutiva de Albert Hermann Post —el Sir Henry Maine alemán—¹, afirmó:

... primitivamente pena y sacrificio humana fueron una y la misma cosa y que de este modo el origen del derecho de punir debe ser procurado en ese mismo sacrificio (...) cuando resulta cierto que aún hoy

¹ Albert Hermann Post, *Der Ursprung des Rechts*, Oldenburg, 1876 fue el fundador en Alemania de la jurisprudencia etnológica de carácter etnocéntrica y evolutiva, obra de la cual Barreto toma la idea sacrificial de la pena pública.

esa idea acompaña consciente o inconscientemente la ejecución de cualquier pena.²

Si lo que motiva el sacrificio es un sentimiento —que tanto Barreto como Post identifican en la agresión vindicativa—, todo intento de la ciencia jurídica por racionalizar la pena está condenado al fracaso. Esta conclusión no le impedía ser un fervoroso creyente —como en general lo es el penalista— de la necesidad de castigo para que exista sociedad, pero la base psicológica del sacrificio no se pierde, sino que se continúa como *survival* en la penalidad moderna³. En este punto tuvo la audacia de formular la siempre incómoda pregunta del derecho penal: "Si la sociedad, mediante el empleo de medidas represivas contra el crimen procede de modo racional y apropiado a su destino, satisfaciendo así una necesidad que le viene impuesta por la propia ley de su existencia"⁴. Su respuesta no podía ser otra que afirmativa, basado en "la necesidad impuesta al organismo social a fuerza de su propio desarrollo"⁵; pero debe recordarse esta otra conclusión llena de honestidad intelectual:

Pueden frases teoréticas encubrir la verdadera fisonomía de la cuestión pero, en el fondo, lo que resta es el hecho innegable de que punir es sacrificar, ya sea en todo o en parte, al individuo para el bien de la comunidad social, sacrificio más o menos cruel conforme al grado de civilización de tal o cual pueblo, en esta o en aquella época dada, pero sacrificio necesario que si por un lado no se amolda a la rigurosa medida jurídica, por el otro tampoco puede ser abolido por efecto de un sentimentalismo pretendidamente humanitario, que no raras veces quiere ver extintas por amor a la humanidad cosas sin las cuales ésta tal vez no pudiera existir⁶.

² BARRETO, T., "Fundamentos del derecho de punir", ob. cit., p. 30.

³ Ibid., p. 33.

⁴ Ibid., p. 22.

⁵ Ibid., p. 23.

⁶ Ibid.

Esta vía de investigación abierta a fines del siglo XIX había quedado sepultada en el olvido durante más de un siglo hasta que Eugenio Zaffaroni la rescató para el estudio de la masacre estatal⁷.

En el universo humano no parece dominar más que violencia sacrificial: un pensamiento inquietante y sombrío del más filósofo entre los militantes contrailustrados de Francia revolucionaria. También a Joseph de Maistre debe reconocérsele el mérito en descubrir los vínculos entre pena pública y trato sacrificial. Un capítulo entero de *Las veladas de San Petersburgo* (o *Diálogos sobre el gobierno temporal de la Providencia*) está dedicado al "esclarecimiento en materia de sacrificios". Como ferviente devoto no podía aceptar la creencia impía y detestable de los hombres de vivir bajo el dominio del poder irritado de Dios, donde el sacrificio se ofrece como único medio con el cual satisfacer su peligrosa violencia. Anticipándose en un siglo al psicoanálisis, detectó en esta institución social —como lo hizo después Tobías Barreto—, un fundamento psicológico: el origen del trato sacrificial no está en el cielo sino en las profundidades más recónditas de la naturaleza humana; el terror que inspira ha permanecido siempre al lado del gozo sin que recíprocamente se haya podido destruir⁸. Se trata de una idea antigua y aceptada en el mundo entero: el delito no puede ser expiado más que con la eficacia del sacrificio y la sangre del culpable. Ninguna nación ha dudado sobre la existencia de una virtud en el derramamiento de sangre sacrificial, asegura el filósofo de la contrarrevolución. No obstante, tal vez su mayor descubrimiento sea en orden a la selectividad en el uso de la violencia extrema que denomina "dogma de la reversalidad". La destrucción de algo, de alguien o de un grupo vulnerable puede satisfacer y ocupar el lugar de los verdaderos culpables en la crisis de existencia del orden social. Una vida menos "preciosa" se ofrece y acepta por otra.

En su forma menos trágica, la sustitución antigua ofrecía la sangre de un animal; ésta, ofrecida en sacrificio, fue llamada por los griegos

⁷ ZAFFARONI, E., *Crímenes de masa*, ob. cit., p. 67 y ss.

⁸ DE MAISTRE, J., *Las veladas de San Petersburgo*, ob. cit., pp. 142, 160.

antypsichon, *vicariam*, *animam*, como si se dijera "alma por alma" o "alma sustituta", para que la violencia punitiva no se alimente con la vida de todos. Esta esfera de sacrificio se creía que obraba una purificación perfecta, borrando todos los crímenes y procurando al hombre un resarcimiento espiritual con ejemplo en la legislación de Moisés⁹. ¿De dónde o de quiénes tomaron los antiguos la idea de renacimiento espiritual mediante el derramamiento de sangre? ¿Por qué se escogió en todas partes una práctica que repugna la sensibilidad? ¿Cuál es su causa secreta? Para salvar un ejército, una ciudad o a un príncipe, ¿qué importa un hombre? ¿Qué importa la vida de un criminal o de un enemigo si se quiere salvar el orden social? De Maistre sostiene que hay fundamentos para creer que las primeras víctimas humanas no fueron otros que criminales a quienes había condenado la ley. El suplicio de los malos era sumamente agradable a la divinidad. Los antiguos estaban persuadidos de que todo crimen capital cometido en un Estado ligaba a la nación, de que el culpado era sagrado y ofrecido a los dioses para que con su sangre quedaran desatados él y la nación¹⁰. Antes que cualquier otro, De Maistre dio cuenta de que la palabra *sacer* fue tomada en la lengua latina en buen y mal sentido, porque la misma palabra, según la lengua griega, significa santo y profano. El criminal sacrificado representaba un mal por su delito y la vez un bien para goce de hombres y dioses; cosa profana consagrada a la divinidad, de manera que el suplicio es lo que se ha entregado a su venganza, para *de-sagrar*: cuando las leyes de las XII tablas establecen la pena de muerte usan la expresión *sacer esto*, dedicada a la divinidad¹¹. Desgraciadamente, según De Maistre, los hombres se convencieron de la eficacia de los sacrificios humanos, que convierten enemigos en culpables y, para mayor desgracia, a todo extranjero en enemigo, *hostis*, dado que siempre ha habido necesidad de víctimas¹².

⁹ *Ibid.*, p. 163.

¹⁰ *Ibid.*, p. 170.

¹¹ *Ibid.*, p. 171.

¹² *Ibid.*, p. 172.

Por ello, esa palabra a la que los juristas y filósofos del siglo XX dedicaron especial atención en los estudios sobre el derecho penal de enemigos pudo también emplearse entre los antiguos como *hostia*, para indicar el animal o víctima que debía sacrificarse. Pero para que esta práctica "detestable" fundada en el error humano pudiera generalizarse alguna verdad debía tener para ser creída: otra intuición genial del filósofo, por la que señala que una ideología dominante nunca puede ser una suma de mentiras y falsedades. Aquí se entrevé una vez más la estructura ficcional de la ideología. La verdad que esconde la creencia dominante en la eficacia del sacrificio es la degradación irremediable del hombre y su perversidad original. Habrá que esperar hasta el descubrimiento freudiano de la *pulsión de muerte* para aproximarnos a una hipótesis más plausible, pero el enigma del goce humano en la destrucción ya había sido observado en el trato punitivo sacrificial. Se sabe, por fuentes romanas, que galos paganos atacados por enfermedad o expuestos a peligros de la guerra inmolaban hombres creyendo que los dioses no podían aplacarse de otro modo y que la vida de un hombre no podía ser redimida sino a costa de la de otro. Estos sacrificios se convirtieron en instituciones públicas y legales, y si llegaban a faltar culpables no se reparaba en matar inocentes¹³. Todo ello ocurrió hasta la aparición del cristianismo, "siempre y donde no se ha conocido y adorado al verdadero Dios, ha sido inmolado el hombre". Esta idea sobre la cual volveremos será continuada dos siglos después por René Girard, para quien la religión de Cristo permite desviar la violencia innata del hombre hacia un chivo expiatorio, evitándose con ello la venganza de todos contra todos. En la visión de dicho autor, sociedad y jerarquía nacen juntas. En esto no se diferencia de los liberales de su época ni de los penalistas contemporáneos. Sin embargo, por su perturbadora y aguda intuición, llega a sostener lo que el jurista no puede reconocer y quiere olvidar: "Así como las calamidades que nos afligen y que tan justamente se las llama rayos del cielo, presentan a nuestra vista las leyes de la naturaleza a semejanza de los suplicios que son las leyes de la sociedad". En el sacrificio encuentra el soberano la prerrogativa para el castigo a los

¹³ *Ibid.*, p. 177.

criminales. De ella resulta la necesaria existencia de un hombre destinado a imponer sobre otros castigos decretados por la justicia humana:

... toda grandeza, todo poder, toda subordinación descansa en el verdugo. Es el horror y el nudo de la asociación humana. Quitad del mundo ese agente incomprensible y, en el instante mismo, el orden deja su lugar al caos, los tronos se hunden y la sociedad desaparece.¹⁴

El registro religioso del trato punitivo sacrificial se mantiene hasta bien entrado el siglo XX. La obra de Georges Bataille es un ejemplo de ello. Aunque se trata de un trabajo destinado a esclarecer la economía política, *La parte maldita* de 1949 se detiene en los sacrificios aztecas para indicar que la hecatombé de prisioneros se debía más a un tipo de sociedad religiosa que militar¹⁵. El sacrificio entre los aztecas representa aquí un consumo inútil de recursos y por ello ubica moralmente a esta sociedad en las antípodas de la sociedad burguesa. A través de su amigo, el antropólogo Alfred Métraux, conoció el trabajo de Hebert y Mauss sobre la función del *don* en la sociedad primitiva, que le permitió especular sobre la relación del *potlach* indígena con la destrucción de víctimas en el sacrificio azteca, al ver en la destrucción de excedentes y riquezas un gasto improductivo contra el que se revelará la sociedad orientada a la producción. Con datos sobre el procedimiento sacrificial que extrae de la *Historia General de las cosas de Nueva España* de Bernardino de Sahagún (1547 en lengua *nahuatl*, 1582 en castellano), se permite una comparación entre el último día de un prisionero azteca con un condenado a muerte de nuestro tiempo. A ambos prisioneros se los trata humanamente, se les da alimento y bebida. De un guerrero que trajera un prisionero para después ofrecerlo en sacrificio se decía "que lo había tenido como a un hijo y él como su padre". En cualquier caso, todas las diferencias entre viejos y nuevos sacrificios terminaban en iguales sentimientos ante el destino inminente: "sólo los muy valientes pensaban en

¹⁴ *Ibíd.*, p. 24.

¹⁵ BATAILLE, G., *La parte maldita*, ob. cit.

comer, pero otros pensando en la muerte no podían abrir la boca"¹⁶. Los aztecas, según este pensador inquietante, no hacían la guerra para conquistar; hacían la guerra para consumir la sangre, el corazón y la carne del enemigo. "Los sacrificios humanos constituyen una cima del horror en la cadena cruel de los ritos religiosos"¹⁷. La víctima desde el momento en que es elegida se convierte en la *parte maldita* destinada a una consumición violenta, pero el sentido profundo y trágico de la libertad se da en la destrucción, cuya esencia es consumir sin beneficio¹⁸. Aunque no podría asegurarse si el trato punitivo sacrificial primitivo, antiguo o moderno está liberado de toda utilidad, hay razones para pensar lo contrario, aun en el caso de que el único beneficio que pueda reportar no sea más que una ilusión compensadora. Sin embargo, debe retenerse de Bataille su opinión de que en todo trato punitivo está presente la idea de destruir, lo que se considera inútil porque sólo a través de la consumición de ese excedente improductivo se hace un bien a la sociedad¹⁹. Para la sociedad de Estado no es inútil el sacrificio, lo que es inservible para el orden social de autoridad son las víctimas sacrificiales, como lo demuestra, en nuestra época, la expresión reglamentaria *disposición final*, utilizada por los militares argentinos en las órdenes de exterminio para definir a los "objetos" destinados a su destrucción.

2. Encuentro con los salvajes

Será la antropología de la segunda mitad del siglo XX la encargada de desmitificar el sacrificio primitivo como el trato punitivo civilizatorio. Es la mirada y el encuentro con la sociedad salvaje agonizante lo que

¹⁶ SAHAGÚN, B. de, *Historia general de las cosas en Nueva España*, 1. II, ob. cit., p. XXXIV.

¹⁷ BATAILLE, G., ob. cit., p. 85.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 94.

¹⁹ Sobre la muerte como exceso en Bataille, BAUDRILLARD, J., *El intercambio simbólico y la muerte*, ob. cit., p. 179.

permitirá dar ese salto al observarla como un orden social diferente, no más cruel, pero tampoco peor a la sociedad de Estado. Por la descripción etnográfica puede conocerse lo engañoso del discurso jurídico sobre la anarquía primitiva, sobre la irracionalidad atribuida al indígena, sobre las venganzas interminables que los acosan. La ficción del contrato social, que se fija en el imaginario social con el poder punitivo como garantía, proviene de un universo de fantasías sobre lo salvaje y primitivo que todavía sobreviven en la doctrina jurídica penal, causa por la cual su discurso no se ha elevado todavía, lamentablemente, por encima del dogma y la superstición. Mientras el penalista ve en la sociedad primitiva venganza interminable por ausencia de norma penal que impide toda sociabilidad, la etnología observa normas de intercambio y orden social. ¿Qué fuente alimenta la doctrina penal para afirmar que la venganza pública centralizada es un progreso frente a la venganza privada interminable de los salvajes, y deducir de ello que el homicidio o el robo que se deja impune amenaza la existencia de la sociedad? No es sólo en la visión etnocéntrica donde la fantasía del penalista encuentra refugio. ¿No es verdad que en la sociedad de Estado el trato punitivo es de tal naturaleza selectivo que la mayoría de los delitos más graves contra la vida y la propiedad quedan impunes sin que por ello corra riesgo de disolución la sociedad, cuya continuidad se garantiza en el castigo de los más vulnerables? ¿No es evidente que delitos atroces perpetrados por el Estado durante el siglo XX quedaron sin castigo y no por ello países que los padecieron cayeron en la anarquía y en la guerra de todos contra todos?

Por la observación etnográfica comprendemos que difícilmente el delito o su impunidad puede ser la causa de amenaza al orden social; al contrario, para los salvajes fue el contacto con la sociedad punitiva el principio de una tragedia que, para ellos, parece no detenerse. Cuando Lévi-Strauss se encontró en Brasil con los *nambiquara*, una sociedad tan pobre social y políticamente al punto de decir de ellos "que allí sólo se encontró con hombres"²⁰, observó que ninguna banda se siente colectivamente

²⁰ LÉVI-STRAUSS, C., *Tristes trópicos*, ob. cit., p. 360.

obligada por un daño causado a uno de sus miembros más que a un intercambio reparador²¹. No eran inmunes a los conflictos interpersonales, y una muerte no sólo afectaba a sus deudos sino a la sociedad entera²². La igualdad de sus miembros y la norma de intercambio a la que estaba ligada impide la emergencia de una vulnerabilidad social que supone todo castigo público sacrificial. En esta sociedad no existe institución más débil y efímera que la autoridad del jefe. En lengua *nambiquara* "jefe" (*ulikandé*) significa el que une. El origen del poder del jefe está en el consentimiento y no dispone de ningún poder de coerción²³. Su fuente de legitimidad es la generosidad que se espera de él y que acosa al jefe para convertirlo en el principal deudor del pueblo. Por ello el asentimiento y la reciprocidad son el origen y el límite de su poder²⁴. No obstante, tienen prácticas que el pensamiento ilustrado —y también el actual— califica de bárbaras, aunque están muy lejos de equipararse a las atrocidades genocidas practicadas por cualquier sociedad de Estado. Lévi-Strauss pone el ejemplo del sacrificio antropofágico, que de las instituciones salvajes es la que más horror y desagrado produce. De dicha práctica dice que no habría más razón para la condenación moral o racional de la que podría hacerse a la civilización por el trato punitivo que organiza contra el delincuente²⁵. Si se deja a un lado la forma alimentaria que reviste la antropofagia para algunas sociedades acosadas por el hambre, en su modo más franco se practica en la convicción de que con la consumición del cuerpo enemigo se incorporan sus virtudes o se neutraliza su poder. Debemos persuadirnos, dice el creador de la antropología estructural, de "que si un observador de sociedad diferente considerara ciertos usos que nos son propios, se le aparecerían con la misma naturaleza que esa antropofagia

²¹ *Ibid.*, p. 328.

²² *Ibid.*, p. 250.

²³ *Ibid.*, p. 334.

²⁴ *Ibid.*, p. 338.

²⁵ *Ibid.*, p. 441.

que parece extraña a la noción de civilización"²⁶. Tiene en mente las costumbres judiciales y penitenciarias.

Estudiándolas de afuera, uno se siente tentado a oponer dos tipos de sociedades: las que practican la antropofagia, es decir, que ven en la absorción de ciertos individuos poseedores de fuerzas temibles el único medio de neutralizarlas y aun de aprovecharlas, y las que, como la nuestra, adoptan lo que se podría llamar *antropoemia* (del griego, *emein*, "vomitar"). Ubicadas ante el mismo problema [nuestras sociedades] han elegido la solución inversa que consiste en expulsar a esos seres temibles fuera del cuerpo social manteniéndolos temporaria o definitivamente aislados, sin contacto con la humanidad, en establecimientos destinados a ese uso. Esta costumbre inspiraría profundo horror a la mayor parte de las sociedades que llamamos primitivas; nos verían con la misma barbarie que nosotros estaríamos tentados a imputarles en razón de sus costumbres simétricas²⁷.

Esta conclusión no es menos importante como denuncia al etnocentrismo jurídico-penal que como llamada de atención sobre la equivalencia entre trato punitivo y violencia sacrificial. Para pacificar un grave sentimiento de desvalimiento frente a la amenaza, en la sociedad primitiva se adopta la *antropofagia* contra enemigos externos, y en la sociedad de Estado, la *antropoemia* contra enemigos internos. Pero esta comparación sólo es válida en parte, en tanto no se considere como trato punitivo la masacre estatal o se considere la penalidad moderna de prisión únicamente como privación de libertad. Frente al genocidio, la pena de muerte o la prisión como grave padecimiento físico y psíquico, incluso como

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid., p. 442; "Antes sólo matábamos a la gente muy mala, pero ahora podemos ir a la prisión sólo por robar o incluso por pelear en una guerra. Uno muere si lo alcanza una flecha, pero en la cárcel se sufre antes de morir. Uno se tiene que quedar en un solo lugar y debe trabajar aunque no lo desee. La cárcel en verdad es la peor cosa. Los seres humanos no deberían actuar así. Es lo más inmoral", testimonio de un indígena frente a la justicia de los blancos, en POSPISIL, L., *Kapauku Papuans and their Law*, p. 77, citado en MOORE, B., *La injusticia: bases sociales de la obediencia y la rebelión*, ob. cit., p. 40.

"muerte anunciada", la sociedad moderna combina *antropofagia* y *antropoemia*²⁸. Esta comunión tampoco es extraña a la sociedad primitiva. Al respecto se puede mencionar el caso de los indios de la llanura de América del Norte, quienes practicaban antropofagia con el *hostis* y un poder punitivo moderado en el que el castigo del culpable jamás era concebido como una ruptura del pacto social, ni su delito percibido como una amenaza a la existencia de la sociedad. Al indígena que violaba la ley de la tribu se le destruían sus posesiones personales. Con el daño nacía una deuda de la policía que la obligaba a organizar colectivamente una reparación al culpable, y éste, a su vez, se convertía en deudor de la sociedad, con lo cual, por este encadenamiento de intercambios, se restablecían los lazos sociales afectados por el delito. Sobre ello Lévi-Strauss afirma:

No sólo esos usos son más humanos que los nuestros, sino que son más coherentes, aun si se formulan los problemas en términos de nuestra moderna psicología: en buena lógica la "infantilización" del culpable, que la noción de castigo implica, exige que se le reconozca un derecho correlativo de gratificación, sin la cual el primer trámite pierde su eficacia, si es que no trae resultados inversos a los que se esperaban. Nuestro modo de actuar es el colmo del absurdo, tratamos al culpable como a un niño para autorizarnos su castigo y como un adulto para negarle consuelo; y creemos haber cumplido un gran progreso espiritual porque, en vez de consumir a algunos de nuestros semejantes, preferimos mutilarlos física y moralmente.²⁹

3. ¿Pasión desaforada o institución social?

La pregunta antropológica por el sacrificio aparece en el contexto de la pregunta por el significado de la religión. No debería extrañar que las

²⁸ Sobre la dimensión ejecutiva de la pena de prisión como pena de muerte o de grave lesión física y psíquica con ejemplo en la prisionización latinoamericana en la década del ochenta pasada, ZAFFARONI, E., *Muertes anunciadas*, ob. cit., p. 14 y ss.

²⁹ LÉVI-STRAUSS, C., *Tristes trópicos*, ob. cit., p. 441.

doctrinas de la pena y del delito nunca puedan despegarse de la nube religiosa que las envuelve, como lo observara Durkheim³⁰. En 1889 Robertson Smith en *Lecturas sobre la religión de los semitas* estableció relaciones entre sacrificio y crimen fundador, idea que una década después Freud retomó en *Tótem y Tabú*. Frazer, el preferido de los penalistas, hizo lo mismo en *La rama dorada*, al desarrollar la problemática del sacrificio a través del mito primitivo y antiguo³¹. En ambos casos el estudio de la religión conduce al tema del sacrificio. Fue con Marcel Mauss y Henri Hubert, discípulos de Durkheim, que pudo comprenderse al mito —y al sacrificio— como algo diferente a lo que produce una mente retorcida, o que se atribuye a la “fantasía desaforada” de la imaginación primitiva³². Por el contrario, los mitos son tan reales, prácticos y verosímiles como lo son las creencias y prácticas punitivas modernas. Para Durkheim la única diferencia que habría entre la pena de la sociedad salvaje y la pena de la sociedad moderna es que en la última la reacción pasional está mejor dirigida, pero en todo caso se trata de la misma ilusión necesaria³³. Por eso los penalistas aman a Frazer y no al sociólogo. Cuanto más irracional la vida de los salvajes, más justificado resulta el castigo público racional.

Para el multifacético Robertson Smith el sacrificio es una comida comunitaria del tótem, festín totémico para asimilarlo y para mantener unido al grupo, para purificarlo³⁴. La idea misma de comunión la asociaba a la expiación, a un exorcismo de culpa y maldad. No es diferente a lo que puede decirse de la retribución penal, pero esa sensibilidad que ve en el sacrificio la expiación de una culpa se atribuye al pensamiento salvaje en tanto herencia de un estrato psicológico primitivo que ejerce efectos en la psicología del hombre moderno. Por el contrario, para

³⁰ DURKHEIM, E., *La División social del trabajo*, ob. cit., p. 89.

³¹ FRAZER, J., *La rama dorada. Magia y religión*, ob. cit., p. 651 y ss.

³² MAUSS, M. y HUBERT, H., *El Sacrificio. Magia, mito y razón*, ob. cit., p. 58 y ss.

³³ DURKHEIM, E., ob. cit., p. 89.

³⁴ SMITH, R., *Lecturas sobre la religión de los semitas*, Londres, 1894, p. 214, citado en FREUD, S., *Tótem y tabú*, en *Obras completas*, T. XIII, ob. cit., p. 135 y ss.

Mauss y Hubert el sacrificio es una institución social. Pocos ritos hay más profundamente públicos, y ello es así por su condición de sagrado. El sacrificio constituye un medio que tiene el profano de comunicar con lo sagrado por mediación de una víctima. Pero lo sagrado son cosas sociales, lo que califica el grupo y sus miembros: la sociedad, la patria, la propiedad, el trabajo, la persona humana; también la víctima sacrificial, porque por su intermedio se fortalecen esos bienes estimados. Las cosas sagradas requieren creyentes, estados colectivos psíquicos y emociones comunes³⁵. En esta obra la muerte sacrificial se interpreta independientemente del sacrificio totémico. Ello no obsta a que Freud continúe apegado a la idea contraria para especular sobre el origen de la cultura en la represión de un crimen fundante: el crimen y su represión simbólica es anterior a la sociedad y, una vez fundada, persigue un beneficio para el individuo y la sociedad.

4. Beneficio y ambivalencia

El sacrificante, que puede ser también la comunidad, recoge los beneficios del sacrificio mediante la destrucción de la víctima, especialmente cuando son curativos y expiatorios³⁶. Pero el beneficio que se busca se anuda con un acto que tiene aspecto criminal³⁷; por ello, en algunos casos que describen los autores, el sacrificante es castigado, desterrado o aislado hasta su purificación. El sacrificio es la institución social por la cual se da poco para obtener mucho.

La ambivalencia del sacrificio entre lo sagrado y el crimen es inexorable, como en el doble carácter del genocidio, que oscila siempre entre la idea de pena y delito. La ambivalencia es un término conocido para la historia del psicoanálisis, aplicada para el padre primordial, temido y

³⁵ *Ibíd.*, p. 49.

³⁶ *Ibíd.*, p. 79.

³⁷ *Ibíd.*, p. 110.

amado a la vez. En antropología del sacrificio esta dualidad tiene origen diferente: la víctima representa el mal, razón por la cual se la destruye pero, a la vez, el chivo expiatorio es vehículo de un bien para la sociedad. Hubert y Mauss pusieron el acento en el carácter sagrado de la víctima sacrificial, pero la ambivalencia también alcanza a la función y naturaleza del acto sacrificial. No parece haber dudas para el caso del genocidio, donde sacrificio y violencia criminal extrema se fusionan en un castigo salvador para la sociedad en peligro. Si esto es así, no deberían hacerse diferencias entre los sentimientos y creencias de pacificación que moviliza la pena genocida con el castigo para el delito común que se funda en los mismos afectos e ideas. En la solución del enigma quizás se encuentre lo más relevante de la naturaleza del castigo. Si lo sagrado del castigo está determinado por el bien que se espera a expensas de ofrecer una víctima sacrificial, las distancias que parecen existir entre genocidio y pena pública tienden a desaparecer.

Que sea irracional el castigo para el delito común porque no previene nunca nada, no resocializa al infractor, no repara el conflicto, no lo interrumpe, implica también ser cauto al momento de sacar conclusiones de ello. Caer en la afirmación opuesta del sinsentido de la pena pública es no reconocer el poderoso influjo de la ilusión en la vida real. Las ilusiones y fantasmas —como creencias falsas— no dejan de tener efectos sobre el individuo o la sociedad, en general, de más o menos padecimiento. El descubrimiento de la neurosis y las raíces del sufrimiento subjetivo son un claro ejemplo de ello. En casos más extremos, como en el genocidio, tampoco podría afirmarse la ausencia de razones sólo porque la sociedad amenazada sea una mera alucinación de los perpetradores. Ampliar el horizonte de observación más allá del punto de vista de los protagonistas es un buen comienzo para conocer la función de la pena en sociedad. A este punto se llega por resultado de la investigación criminológica sobre la selectividad penal: los pobres no son los únicos que cometen delitos pero su vulnerabilidad al poder punitivo los pone en el centro de la escena. Una parte importante de la criminología marxista hizo de los *pobres criminales* subalternos rebeldes, y este prejuicio impidió ver hasta ahora las fuerzas y energías sociales que

consumen el crimen y su criminalización. Si la sociedad castiga pobres vulnerables pero no se espera de la pena prevención, resocialización o reparación de daños, ¿qué es la pena?

El derecho penal parece perdido en un callejón sin salida cuando tiene por objeto el *hacer sufrir* estatal. También cuando tiene como centro al delincuente degenerado o al sujeto libre de autodeterminación. Se siente seguro en el terreno del injusto culpable, es decir, en la idea y doctrina del delito. La razón para el castigo es el delito y punto. El libramiento de cheque sin fondo tiene que ver poco con el robo con armas o con un homicidio intrafamiliar, pero tienen en común algo irreparable: la idea de lesión a la obediencia que, como fisura en el mundo, *debe* ser sellada por algo para que la vida de relación no se escape por sus grietas.

1. Agresión mimética

El sujeto del sacrificio es una víctima, siempre parece inocente; algo que no ocurriría con el homicida por fuera de toda razón de atipicidad, justificación o exculpación¹. Sin embargo, a veces, la criminología trata a los delincuentes como *víctimas* de la sociedad, abandonadas o privadas de lo necesario para una vida normal. En este sentido se ha acuñado el término *co-culpabilidad*, para llamar la atención de una responsabilidad compartida entre el acto criminal y una sociedad expulsiva². El criminal monstruo y víctima. El sujeto en el sacrificio y el sujeto para la pena común siempre están a mano de un poder punitivo que sobrevuela sobre población vulnerable para encontrar alimento que consumir. Se ha intentado ver en el sacrificio una política de sustitución como si tratara de engañar a la violencia. La agresión de la sociedad humana se canaliza a un puñado de víctimas inocentes para el bienestar de todos. En el mejor de los casos, y para el éxito de la civilización, algunas grandes religiones desvían la violencia del hombre hacia animales que convierten en sagrados.

Los estudios del antropólogo e historiador francés René Girard son los que más énfasis ponen en ver, en el sacrificio y en los sistemas penales modernos, formas de domeñar la amenaza de agresión ilimitada que se agita en la pasión humana y que tendría como causa lo que denomina *deseo mimético*, por el cual "el sujeto desea el objeto porque el propio rival

¹ Convencionalmente, durante el siglo XX la doctrina penal fijó sus elementos constitutivos en los conceptos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que reunidos en la conducta del autor funcionan como condiciones habilitantes de castigo, ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., ob. cit., p. 356 y ss.

² ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., ob. cit., p. 626.

lo desea"³. La sociedad intenta desviar hacia una víctima "relativamente indiferente", una víctima "sacrificable", la violencia que amenaza con herir a sus propios miembros a los que quiere proteger a cualquier precio. Esto último se hace notar en el desenfreno y brutalidad de la agresión. Sobre el origen de esa violencia que el sacrificio canaliza en beneficio de todos, Girard no va más allá de la doctrina política clásica, pero elabora una imagen que ilumina un aspecto importante del sacrificio: el engaño a la violencia para no privarla de una salida o escape. Siempre hay que ofrecer algo para que se lleve a la boca. Sin embargo, también oculta un dogma muy antiguo. El sacrificio evita que la agresión termine en una guerra de todos contra todos. Algo hay que perder para mantener unido al grupo en sociedad. Incluso ronda la idea de que el sacrificio fundó la sociedad y tiene la función positiva de evitar una violencia interminable, que en su falta sería causa de anarquía asesina⁴. Reprueba a los antropólogos que afirman que el sacrificio no responde a nada real. Si no es improbable el origen común de sacrificio y pena, habría de tener razón el autor de *La violencia y lo sagrado*; parece fuera de duda que en ambos casos falsas creencias juegan un papel tan importante como las verdades, si la población cree en ellas, independientemente de si los protagonistas no saben lo que hacen o actúan bajo el imperio del cinismo o del "como si", que lejos de ser un defecto o vicio del pensamiento, para el penalista es un principio ordenador de su saber. De todos modos, el filósofo de la violencia cae en la idea de cohesión y evitación de anarquía asesina que el procedimiento sacrificial convertiría en realidades, sin preguntarse si ellas mismas no serían también viejas fantasías.

El sacrificio es una auténtica operación de *transfert* colectivo que se efectúa a expensas de la víctima y que actúa sobre las tensiones internas, los rencores, las rivalidades y todas las veleidades recíprocas de agresión en el seno de la comunidad. Los castigos y las leyes tendrían el único y

³ GIRARD, R., *La violencia y lo sagrado*, ob. cit., p. 152.

⁴ Ibid., pp. 9-34.

mismo fin de unir corazones y establecer el orden⁵. De ser esto así, el sacrificio cumpliría una función real. La víctima no sustituye a otra persona amenazada, no es ofrecida a tal o cual individuo, sino a toda la comunidad. Es a la comunidad entera a la que el sacrificio protege de su propia violencia, como en la idea hobbesiana de la pena pública. El sacrificio polariza sobre la víctima unos gérmenes de disensión esparcidos por doquier y los disipa mediante una *satisfacción parcial*. La expresión "violencia intestina" es un símil de "guerra civil" que el sacrificio evita. Todo esto es primitivo pero también muy humano. Socialmente, la pena sacrificial restaura la armonía y la unidad social. El sacrificio institucionalizado reposa sobre la canalización de la cólera hacia un sujeto vulnerable, que como en Grecia del siglo V se perpetuaba, en los períodos de calamidades, bajo la forma del *pharmakos*. Se pega al perro para no agredir al jefe.

El humano sacrificable tiene que reunir la condición de vulnerable al poder punitivo: delincuentes, prisioneros de guerra, esclavos, niños, adolescentes solteros, tarados, desechos de la sociedad, pero también, en casos excepcionales, al *big man* en sociedades igualitarias, lo que viene a demostrar la semejanza del sacrificio con la selectividad penal. Las víctimas sacrificables son seres que pertenecen muy poco a la sociedad. Girard se pregunta por qué también el rey es sacrificable. Por los africanistas se sabe que el regicidio se practica para defender a la sociedad cuando el rey todavía es una figura que le debe más a la sociedad que lo que la sociedad le debe a él. Por ello el rey primitivo está fuera de la sociedad⁶. Lo importante a considerar es que ninguna sociedad olvida dividir a su población entre sacrificables y no sacrificables. Los sacrificables son aquellos cuya muerte no causa agravio ni en parientes ni en aliados. El sacrificio es una violencia sin riesgo⁷.

⁵ Ibid., p. 16.

⁶ Ibid., p. 20; Cfr. también en BALANDIER, G., *Antropología política*, ob. cit., p. 179 y ss.

⁷ GIRARD, R., *La violencia y lo sagrado*, ob. cit., p. 20.

Como se señaló, otro rasgo del sacrificio es su asociación con el crimen. Parece generalizado que los sacrificadores piden perdón por el crimen que cometen⁸, remordimiento que cesa cuando el sacrificio se convierte en pena pública. Por ello no tiene razón Giorgio Agamben en que *homo sacer* es la persona a la que se puede matar sin cometer homicidio⁹. Sin embargo, es incontrastable que al sujeto sacrificable se lo puede herir sin peligro, pues no habrá nadie para defender su causa.

Por su parte, René Girard entiende el sacrificio como un penalista el castigo, porque la función que le asigna es la de apaciguar violencias intestinas e impedir la interminable venganza de sangre que amenaza con destruir a la sociedad. Su respuesta categórica sobre el destierro moderno de la venganza es la existencia del sistema judicial. El sistema judicial —venganza pública— aleja la amenaza de *vindicta* privada infinita, como el sacrificio destierra un malestar que produce un conflicto intestino. No obstante, guarda silencio sobre las descripciones etnográficas que señalan que la venganza privada en la sociedad primitiva es una solución para el fracaso del intercambio y la reparación, y de ninguna manera una causa real que amenaza a la sociedad con su disolución. Parece más acertada su opinión de la herencia sacrificial en la pena pública que la relación que establece entre sacrificio y venganza privada. Es tajante cuando señala que el sacrificio primitivo cumple las funciones modernas del monopolio de la violencia legítima para evitar anarquía:

En un universo en el que el menor conflicto puede provocar desastres de la misma manera que la hemorragia en un hemofílico, el sacrificio polariza las tendencias agresivas sobre víctimas reales o ideales, animadas o inanimadas (...), ofrece al apetito de violencia (...) una sustitución parcial y temporal y sobre cuya eficacia son demasiado numerosos los testimonios positivos como para que pueda ser ignorada. El sacrificio impide que se desarrollen los gérmenes de la violencia. Ayuda a los hombres a mantener alejada la violencia. En las sociedades sacrificiales no hay situación crítica a la que no se responda con el sacrificio, pero

⁸ Cfr. MAUSS, M. y HUBERT, H., ob. cit., p. 110.

⁹ AGAMBEN, G., *Homo sacer*, ob. cit., p. 87.

existen determinadas crisis que parecen exigirlo especialmente. Estas crisis ponen siempre en cuestión la unidad de la comunidad. Cuanto más aguda es la crisis máspreciada es la víctima.¹⁰

Venganza y sacrificio convivieron en el mundo primitivo de manera independiente: la primera como una suerte de derecho civil compensatorio, y lo segundo, como verdadero derecho penal. La venganza en el mundo primitivo aparece cuando la reparación de agravios fracasa. Ninguna etnología demuestra la afirmación de que sociedades desprovistas de sistema punitivo están amenazadas de muerte por la venganza privada interminable. La venganza interminable aparece en la obra de Girard como un dogma necesario para fundar la pena pública: cree, como es opinión dominante en el derecho penal, que la pena pública mantiene a raya la amenaza de violencia interminable. El sacrificio o, mejor dicho, la religión en cuyo seno aparece, cumple la gran tarea civilizatoria de evitación de la violencia. También es una legitimación de la pena pública por legitimación de la religión. El poder punitivo es la forma secular de la violencia sacrificial primitiva. La religión tiende a apaciguar la violencia, la domestica, regula, ordena, la canaliza a fin de utilizarla contra toda forma de violencia propiamente intolerable.

Girard clasifica las formas de protegerse de la violencia interminable en tres instituciones: sacrificio, composición y sistema judicial. Las describe en orden a su eficacia como evolución de lo inferior a lo superior, como freno a la venganza, y concluye en la agresión a un criminal bajo el principio de culpabilidad¹¹. Finalmente, lo civilizado estaría dado porque en la pena pública el que padece es un culpable, a diferencia de los *chukchi* mencionados por Robert Lowie en *Sociedad Primitiva* (1970), quienes para evitar una venganza matan a un inocente entre los suyos¹². De todos modos, la naturaleza selectiva de poder punitivo oscurece cualquier ilusión de progreso, no se priva de matar masivamente inocentes ni

¹⁰ GIRARD, R., *La violencia y lo sagrado*, ob. cit., p. 25.

¹¹ *Ibid.*, p. 28.

¹² *Ibid.*, pp. 32-33.

de elegir culpables entre los más vulnerables. Ni todo criminal es castigado ni el castigo presupone criminales, como lo demuestra el genocidio. El mismo Girard no desconoce que en la violencia persecutoria no se eligen víctimas en virtud de los crímenes que se les atribuyen sino de sus rasgos victimarios, que denomina *estereotipo de persecución*. Cuantos más signos victimarios posee un individuo, "más posibilidades tiene de atraer el rayo sobre su cabeza"¹³ y gracias a ello "la angustia y las frustraciones colectivas encuentran una satisfacción vicaria"¹⁴.

El ejemplo utilizado de una sociedad que se descompondría en la violencia interminable son los indios *kaingang* (botocudos) del estado de Santa Catarina en Brasil, estudiados por Jules Henry. La venganza de sangre en este pueblo fue comparada con la peste. "La venganza se extendía, seccionando la sociedad como un hacha terrible, diezmándola como lo haría una epidemia de peste". Asesinatos en cadena ponen en peligro la existencia social, "la violencia en cadena constituye claramente para toda la sociedad una amenaza cuyo principio no va unido a la presión de una cultura dominante o cualquier otra forma de presión exterior. Este principio es interno"¹⁵. Se habla de un suicidio social al no disponerse de ningún procedimiento regular para dominar esas fuerzas internas. El "temor a ser matado" es equivalente moderno de la guerra preventiva. En un universo privado de sistema judicial y entregado a la violencia, todos tienen motivos para temer lo peor: "Basta un solo homicidio para que el homicida entre en un sistema cerrado. Necesita matar una y otra vez, organizar auténticas matanzas, para suprimir a todos aquellos que, un día u otro, podrían vengar la muerte de sus parientes"¹⁶. El mecanismo de la violencia recíproca, según esta descripción, es un círculo vicioso: una vez que la comunidad entra en él resulta imposible salir. Cabe definir

¹³ GIRARD, R., *El chivo expiatorio*, ob. cit., pp. 35 y 37.

¹⁴ *Ibid.*, p. 56.

¹⁵ HENRY, J., *Jungle People*, Nueva York, 1954, pp. 50-51, citado en GIRARD, R., *El chivo expiatorio*, ob. cit., p. 60.

¹⁶ *Ibid.*

esta fatalidad en términos de venganza y de represalias. Para escapar de este círculo, todos los hombres deberían convencerse de que sólo uno de ellos es responsable. Al destruir a la víctima propiciatoria, los hombres imaginarán librarse de su mal, aunque esto no tenga la menor eficacia: ilusión y engaño persistentes en la aventura humana, que disimula al hombre la verdad de su violencia. Siempre es probable que del miedo masivo derive el sacrificio¹⁷.

La misma idea obsesiona al filósofo napolitano Roberto Espósito. Si lo que los hombres tienen en común y que los hace semejantes es el hecho de que cualquiera pueda dar muerte a cualquiera, la única alternativa de la *communitas* es inmunizarse por anticipado al terrible precio de la soberanía punitiva¹⁸. La vida es sacrificada para conservación de la comunidad¹⁹. El miedo no sólo está en el origen de la política, es su origen, en el sentido de que no habría soberanía punitiva sin miedo al que se apela no para legitimar destrucción sino para afirmar la conservación de la vida²⁰. Espósito coincide con Girard en que la comunidad puede sobrevivir a la violencia que la atraviesa sólo desplazándola a un enemigo que pueda atraerla sobre sí²¹.

2. Sacrificar

El jefe *guayaqui* ejerce su autoridad con la palabra que no es portadora de órdenes, porque en ese caso nadie lo obedecería²². Ningún indio aceptaría esto y la mayoría de las tribus sudamericanas han preferido la

¹⁷ CANETTI, E., *Masa y poder*, Obra completa, I, ob. cit., p. 453.

¹⁸ ESPÓSITO, R., *Communitas. Origen y destino de la comunidad*, ob. cit., pp. 33-42.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 42-43.

²⁰ *Ibid.*, pp. 56-57.

²¹ *Ibid.*, p. 74.

²² CLASTRES, P., *Crónica de los indios guayaquis. Lo que saben los aché, cazadores nómades del Paraguay*, ob. cit.

muerte y la desaparición a sufrir la opresión de los blancos²³. Los *guayaquis*, entregados a la misma filosofía política "salvaje", separan radicalmente el poder de la violencia.

Para probar que era digno de ser jefe *Jyvu kugi* tenía que demostrar que, a diferencia del paraguayo, no ejercía su autoridad de modo coercitivo; por el contrario, la desplegaba en lo más opuesto a la violencia, con la palabra. Cuando visitaba en una gira a todo el campamento no decía a los *aché* nada que no supieran, confirmaba su aptitud para ejercer la función que le habían investido:

¿Impondré a la fuerza este reconocimiento, me pondré en pugna con ustedes, confundiré la ley de mi deseo con la del grupo a fin que ustedes hagan lo que yo quiero? No, pues esa violencia para nada me serviría, rechazarían esa subversión, en ese momento dejarían de ver en mí a su *beerugi*, elegirían otro, y mi caída sería más dolorosa, pues rechazado por todos estaría condenado a la soledad. Obtendré el reconocimiento que incesantemente debo solicitar de ustedes no por el conflicto, sino por la paz; no por la violencia, sino por el discurso. Por eso hablo, hago lo que ustedes quieren, pues la ley del grupo es mi deseo; quieren saber quien soy: yo hablo y se me escucha, yo soy el jefe.²⁴

Para Pierre Clastres este "discurso imaginario" constituye la garantía que se ofrece a la sociedad de que el poder del jefe nunca amenaza.

Las sociedades salvajes rechazan, por un acto sociológico —y en consecuencia inconsciente— que el poder del jefe se vuelva coercitivo. Los jefes no pueden utilizar su función con fines personales; deben cuidarse de que sus designios individuales no se sobrepongan nunca a los intereses de la comunidad; están al servicio del grupo, son sus instrumentos (...) Se ha dicho que el poder corrompe: he aquí un riesgo que no corren los indios, no tanto por rigor ético personal como por

imposibilidad sociológica. Las sociedades indias no estaban hechas para eso, y de eso han muerto.²⁵

La venganza entre los salvajes nunca es asunto privado. Tampoco los arreglos pacíficos. Ello es evidente a causa del empeño que pone el grupo en evitar lo primero y favorecer lo segundo. Más extraño a los salvajes es la violencia interna de una guerra de todos contra todos. No hay nada evolutivo en el pasaje de la venganza privada a la pública que señale el salto de la barbarie a la civilización. La venganza privada ilimitada fue una invención, igual que otras, como la acusación de canibalismo, de irracionalidad indígena, hechas a la medida de los intereses de conquista del hombre blanco, no sólo para domesticar salvajes sino para afirmar un principio válido para todas las "razas" y pueblos: una sociedad sin autoridad sacrificial es una sociedad inimaginable, imposible. Donde no hay autoridad los hombres se comen unos a otros.

Entre los salvajes la venganza tiene un campo de acción más amplio que el que habilita el fracaso del intercambio frente al crimen. En el caso de los *guayaquis*, la venganza sacrificial siempre está allí para compensar un malestar introducido en el cuerpo social frente al infortunio, especialmente con la muerte. En la sociedad de Estado la venganza sacrificial no será diferente, pero ella recaerá principalmente sobre conflictos para los que los primitivos tenían reservada la solución de la reparación. La venganza sacrificial primitiva es una institución ritual purificadora que no queda circunscripta en su operatividad al fracaso de la obligación de retribuir una deuda originada por el crimen. La venganza sacrificial amenaza todo el vasto repertorio de desgracias y eventos conmovedores, naturales o sociales que, marcados por el exceso o la falta, producen una inquietud de tal modo radical que sólo puede ser pacificada mediante actos rituales de violencia sacrificial especialmente sobre los más vulnerables del grupo. En esta violencia sacrificial la cultura jurídica y política moderna entrevió la guerra salvaje de todos contra todos por ausencia de autoridad punitiva centralizada.

²³ Ibid., pp. 70-71.

²⁴ Ibid., p. 72.

²⁵ Ibid., p. 73.

¿De dónde extrae la fuerza el mito de la anarquía primitiva desmentida en la descripción etnológica? ¿Cómo es posible que todavía la cultura jurídica atribuya al modo de vivir salvaje la amenaza permanente de violencia mimética que impide toda sociabilidad si está fuera de toda duda que la ley que regula sus relaciones y agravios internos son reglas de intercambio? ¿No es evidente que la autoridad punitiva de la sociedad estatal al monopolizar violencia legítima, bajo el pretexto de evitar la venganza privada, generaliza violencia sacrificial sobre asuntos que los salvajes resuelven mediante arreglos pacíficos? Si se quiere hallar respuesta a las preguntas por el origen de la penalidad estatal, no se la hallará nunca en la venganza privada primitiva ni en la relación que ésta pueda tener con la violencia mimética que amenaza todo orden social.

Se está más cerca de saber algo de la pena pública si no se pierde la mirada sobre el sacrificio primitivo, que también es una forma de venganza en el sentido de encontrar en la destrucción una satisfacción que compensa y restaura un malestar sentido por todos como amenaza a la seguridad del grupo.

La *venganza* en el pensamiento de los *guayaquis* es el contrapeso de las cosas, el restablecimiento de un equilibrio provisionalmente roto, la garantía de que el orden del mundo no sufrirá cambio ¿De qué es venganza el *jepy* ("vengar")? De cualquier acontecimiento positivo o negativo, nocivo o benéfico, procedente del mundo de las cosas o del mundo de los hombres y capaz de introducir en la comunidad de los *aché* un exceso o una carencia. Someter cosas y seres a la regla, trazar o descubrir en toda desviación el límite de su despliegue, mantener una y serena la faz, en ocasiones variable, del mundo, tal es el fondo sobre el que reposa —inquieto ante el *movimiento que deforma las líneas*— el pensamiento indio del *jepy*, medio a la vez de exorcizar la alteración, de suprimir la diferencia y de existir a la luz de lo Mismo.²⁶

²⁶ *Ibid.*, p. 153.

Jakugi es un hombre pacífico²⁷. Cuando siente pena no se pone violento. Toma su flauta y las cinco notas puras que salen de los tubos de caña acompañan su tristeza. Sin embargo se le llama *brupiare*, es un sacrificador. Una feroz tormenta de rayos y lluvia anuncia el verano a los *guayaquis*, también una desgracia inminente. *Chono*, el trueno, lanza su llamarada alrededor de los *aché*, "quiere matarlos". El golpe tira a *Kimiragi*, queda viva pero sin energía. El niño, fulminado sobre el seno de su madre, muere. Así hace pagar el "Trueno Furioso" a los *aché* la vuelta de los pájaros. Están asustados. Primero tienen que huir de los paraguayos y a continuación padecer la cólera de *Chono*. Los cantos fúnebres de las mujeres aumentan su amargura. Poco a poco la furia se apodera del corazón de *Rambiangi*, hermano de la madre que perdió su hijo. Es insoportable para él. No sabe guardar la calma, no hay tiempo para serenarlo, está demasiado *by-ia*. Desesperado, toma su arco y corre de un lado a otro por el campamento. Quiere vengar a su sobrino preferido. Los *aché* saben que va a hacerlo. *Chono*, el poderoso de arriba, lo ha ofendido gravemente, y la fuerza que mueve a *Rambiangi* desarma a los *aché*. No hay nada que hacer, no pueden oponerse, ni se les ocurre. La desgracia les pesa demasiado. Enfrentarse a los hombres, incluso a los más crueles, como los blancos, puede hacerse; pero cuando el enemigo es sobrehumano, cuando toda la vida del mundo se vuelve hostil, entonces *ete ikö ia*, uno se queda sin cuerpo, sin valor: es la resignación. Las cosas malas están en marcha. Tendido sobre una estera duerme el pequeño *Achipurangi*. Va a morir. *Rambiangi* ha tomado su gran arco con ambas manos. La frágil nuca del pequeño no ofrece resistencia al golpe. La madre con las manos en el rostro no mira. Al oír el ruido sordo del golpe eleva su gran lamento. Su primogénito fue muerto para vengar. Pero no hay hostilidad contra el matador, nada de cólera ni rencor. El hombre, cumplido el homicidio, queda estupefacto. Aceptaría cualquier muerte, sin embargo nadie lo atacará. Pero está en peligro por otras fuerzas. Está marcado y convertido en marginal, muerto entre los vivos, hasta que el

²⁷ Lo que sigue es una bella y trágica descripción de una cadena de sacrificios. *Ibid.*, p. 179 y ss.

rito de purificación lo vuelva a la sociedad y se salve. Estará a cargo de la madre del niño sacrificado. No comerá absolutamente nada. La mujer coge un puñado de barro y se lo mete en la boca; sacudido por la náusea, es preciso que vomite pues quizá el fantasma que persigue al matador haya penetrado en su cuerpo, como casi siempre, por el ano. No hay odio, ni remordimiento. Nadie es culpado porque todo viene desde muy lejos. Sin embargo la desgracia sólo había comenzado. *Rambiangi* ha matado a un niño al que *Jakugi* quería de corazón, era su ahijado. Tocaba a éste cerrar el ciclo de sacrificios abierto por *Chono*. Sin alegría, tirante en su tristeza, *Jakugi* contó a Pierre Clastres cómo él se convirtió en *brupiare*. El dolor de *Jakugi* es profundo como el que torturó a *Rambiangi*. Este último lo ha abolido vengando a su sobrino.

Ahora bien, ¿por qué la muerte de un niño tiene que sancionar la muerte de otro niño? Para sanar las heridas que ambos sufren. *Chono* y los blancos empujan a los *aché* más allá del dolor, no quieren que ellos existan. Los *aché* se sienten extraviados en esta angustia de locura, muerte y terror. Los hombres matan a los niños, se destruyen. Es la desgracia india, la fiesta trágica de su fin. ¿Matará *Jakugi*? El sacrificio del niño sólo es la mitad del camino sacrificial que queda por recorrer. *Jakugi* dice en su canto que al día siguiente para vengar la muerte matará a la muchacha *Kantingi*, también ella su "ahijada":

Yo cantaba muy alto y la madre de la muchacha lo oía, acostada en su choza. Oía perfectamente mis palabras, sabía que quería matar a su hija. También el padre oía que yo iba a hacer el *jepy* con su hija.

La mujer canta su pena en soledad, sin rechazo por lo que va a suceder. *Chono* ha puesto en movimiento fuerzas que no pueden pararse. Los *aché* lo saben perfectamente, por eso el padre de *Kantingi* no interviene si no para lamentarse de un destino inevitable. La víctima ya no es una pequeña niña, tampoco una mujer. No duerme en toda la noche. Está sola frente al inmenso terror que va creciendo en ella; su padre y su madre dulces y generosos cantan junto a ella su triste conformidad con la sentencia de muerte. *Kantingi* ha resistido la fatiga de una noche en vela sabiendo que moriría al amanecer. En cuanto ve al matador se

pone en pie de un salto y corre hacia lo profundo del bosque sin volver la cabeza. El matador no puede golpearla. Se posterga el sacrificio. Regresa al campamento como si nada hubiera pasado. Pero no resiste otra noche despierta, el cansancio la vence. "La maté al alba golpeándola en la nuca. No vio nada, estaba dormida". Después de la purificación a la que fue sometido *Jakugi*, la vida entre los *aché* volvió a ser apacible.

Aquellos más vulnerables son ofrecidos al sacrificio para ahogar con destrucción un sufrimiento insoportable. Aunque en el caso de los *guayakis* los niños no son los únicos²⁸. También la sociedad civilizada contará con mayor repertorio de grupos sacrificables. Entre los *aché* se conocen las hazañas de un famoso jefe, *Terygi*, y las circunstancias de su muerte. Su fuerza y valor eran legendarios. Bajo su dirección los *aché gatú* lucharon contra otros *aché* y contra los blancos. Vencedores en los días de gloria cuando tenían para ellos la selva infinita, se repartían las mujeres de los vencidos. Una de las mujeres de las cuatro que tenía el poderoso jefe se llamaba *Urugi*. Un día su hermano atacado por un oso hormiguero no volvió de la selva. Entonces *Chimbegi*, hermano de *Terygi*, se volvió *by-iā*, loco de furia, mata a flechazos a todos los hijos del muerto. Pero la suerte para el jefe se acaba cuando una nutria le arranca un brazo en el río. Había perdido mucha sangre y no tardó en morir. Nuevamente, *Chimbegi* mata a sus tres hijas con un hacha metálica. A *Tokangi*, informante de Clastres, no le cuesta hablar de los sacrificios que vio su padre cometer ni de los tres *aché* que él mismo ha matado: a una abuela, llamada *Jarygi* por los *aché*, cuando sus fuerzas la abandonaron a tal punto que no podía caminar, y a un muchachito en venganza de la muerte de su hermano menor a causa de una picadura de víbora. El tercer homicidio cierra otra secuencia sacrificial iniciada con la muerte de un hermanastro de *Tokangi* descuartizado por un jaguar. Para vengarlo, el nuevo jefe *Kyrypyragi* mata a su mujer más joven de las que recibió en reparto. Y para vengarla, un *aché* hace lo mismo con la hija de *Kyrypyragi*. Como se

²⁸ Por esta razón, se le reprocha a Clastres no haber prestado suficiente atención a otras formas de dominación en las sociedades "aestatales". Cfr. GLEDHILL, J., *El poder y sus disfraces. Perspectivas antropológicas de la política*, ob. cit., p. 58.

trataba de una "ahijada" de *Tokangi*, por ello experimenta un gran dolor, se pone *by-iā*, canta y mata a golpe de arco a la hermana de esta muchacha, de modo que su madre termina por perder a sus dos hijas. Pero fue ella, *Piragi*, la que sometió al matador al ritual de purificación para que el fantasma no le asfixiara²⁹.

En estos relatos no se esconde nada de la barbarie primitiva que, como se ve, no tiene origen en el crimen sino al "crimen" como respuesta. Evidentemente, entre los *aché*, como para cualquier sociedad humana del tipo que fuere, la muerte introduce un desorden de naturaleza sociológica, tan profundamente sentida por el grupo que produce una inquietud insostenible sin que importe si el infortunio es de origen natural o humano. En el caso de los *guayaquis*, el malestar no termina en la venganza. Su punto final es la antropofagia, como lo descubre Clastres entre el ocultamiento deliberado de los indios. No matan para comer, se comen a los muertos. La muerte libera el alma del cuerpo retenida como prisionera y en ese estado es incapaz de dañar a nadie, ya que libre sería una amenaza para el grupo, dado que intentaría invadir el cuerpo de un vivo y matarlo a la vez. He aquí la respuesta consciente a la práctica: para cortar de raíz los intentos de alma, hay que comerse el cuerpo del muerto³⁰.

En el pensamiento *guayaqui* el sacrificio era un deber para aferrarse a su derecho a la vida, para afirmarla. Vemos en *Jakugi* a un Agamenón salvaje sacrificando a Ifigenia. Tremendo salvajismo provocado por una muerte accidental que, para los *guayaki*, nada tenía de azarosa. Todas las muertes entre los *guayaqui* son intencionales y producen un agujero que la pasión trágica sólo permite rellenar con otro cadáver. Falsificadas o deformadas, estas prácticas, irreconocibles para la filosofía jurídica y política, eran la evidencia que demostraba la inferioridad psíquica de los salvajes como de un destino marcado por la fatalidad.

²⁹ CLASTRES, P., ob. cit., p. 193 y ss.

³⁰ Ibid., p. 236.

Otro ejemplo son los jíbaros del Alta Amazonia. Entusiastas guerreros de la "venganza interminable". Para la tribu *achuar* no es suficiente la guerra contra enemigos, a semejanza de otros pueblos indios amazónicos. Se embarcan constantemente en conflictos mortales entre vecinos próximos y parientes, como si se tratara de "la guerra de todos contra todos" que describen los filósofos de la modernidad y que los jíbaros parecen confirmar. En esto siempre trabaja la sobreimpresión en la memoria de conflictos terminados en violencia frente a la mayoría de asuntos que por costumbre se resuelven pacíficamente sin que los protagonistas siquiera lo noten. Para el antropólogo de sociedades primitivas como para el que estudia el conflicto en la sociedad moderna siempre está el riesgo de quedar atrapado en imágenes excepcionales de violencia que tienen origen en conflictos interpersonales. De allí el grave error en ver al poder punitivo o a la venganza sacrificial primitiva como el "cemento" que cohesiona la sociedad de clase o de iguales.

Ninguna sociedad humana puede funcionar sin normas, pero las reglas no son sacrificiales si no para un número relativamente reducido de conflictos o de situaciones que producen malestar insostenible. Aunque es en la sociedad con autoridad donde el poder punitivo sacrificial encuentra un terreno menos rugoso para desplazarse sin obstáculos, aun así, no es principalmente el poder punitivo lo que explica el funcionamiento de la sociedad de autoridad, como erróneamente creen los penalistas. Sensacionalismo antropológico, denominaba Malinowski a la excesiva acentuación del conflicto y su solución como rasgo que define a la sociedad primitiva³¹. Ciertamente que la sociedad de clase reemplazó la reparación por pena sacrificial que los salvajes reservaban para diferentes infortunios. Pero es la filosofía política junto a los penalistas modernos quienes más contribuyeron para definir a los humanos como asesinos potenciales que, sin freno de un poder sacrificial centralizado en el soberano, caerían en una matanza generalizada.

³¹ MALINOWSKI, B., *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, ob. cit., p. 89.

Las relaciones sociales bajo autoridad estatal tienen como telón de fondo violencia punitiva de autoridad legítima. Sin embargo, no son normas penales las que fuerzan la obediencia a roles sociales de sumisión. Nunca podrían cumplir esa función. La esclavitud no es menos una situación siempre amenazada por la destrucción que un estado de cosas donde el esclavo reconoce una inferioridad o, en el mejor de los casos, un mal menor que la muerte. La esclavitud o la servidumbre han existido como normas de vida para mayorías humanas no sólo a causa del terror a un código penal de época. Por eso la sociedad de autoridad ni se pone en crisis cuando se comete un delito, ni esa fantasía de caos se restaura con pena. Cuando se comete homicidio o robo la existencia social no se pone en peligro, ni la existencia social se salva con sacrificio del autor. El orden social se pone en crisis por hechos sociales más significativos que el delito. A la sociedad primitiva no la destruyeron "sus venganzas ilimitadas", la liquidó la sociedad de blancos. Matanzas estatales pueden acaso tener por efecto un grave peligro para la existencia de la sociedad y aun así, cuando no están relacionadas con la guerra total, siempre afectan a una parte de la sociedad cuya vulnerabilidad está dada por la indefensión frente a la inconmensurabilidad de la violencia legítima extrema. Un orden social y jurídico no se afirma en el castigo punitivo sacrificial de un sujeto vulnerable en razón de su crimen, o de grupos enteros en razón de su estado de enemistad absoluta con el poder punitivo. Hasta donde la historia y la antropología han documentado, la sociedad humana existe por fuerza de instituciones que algunos juristas han denominado apropiadamente *normas de cultura*: las más elementales, el lenguaje y la evitación del incesto, con tantas variantes y complejidad que sorprenderían al jurista acostumbrado por el entrenamiento dogmático a ver desorden en la diferencia. La sociedad primitiva funciona, además, con otro repertorio de normas. Son las de intercambio entre iguales, independientemente de la creencia salvaje —también ilusión moderna— de que sin venganza sacrificial frente al infortunio natural o humano la sociedad está condenada a su extinción. Una sociedad no se afecta en su configuración normativa por lo que hace una minoría de infractores de la ley penal, ni se mantiene por el trato punitivo sacrificial que se le obliga

a padecer. Es la obediencia lo que cohesiona a la sociedad aunque en la de clases sea el mismo cumplimiento de la ley la causa de sus tensiones más graves. La sociedad feudal no desapareció de la faz de la tierra porque señor o soberano dejaron impunes delitos bajo sus dominios. Una sociedad de autoridad sufre una crisis de existencia cuando lo que se deja de observar son normas de apropiación de medios de vida y trabajo ajeno, es decir, cuando lo que se altera son las relaciones sociales frente al derecho civil, laboral y, fundamentalmente, a la ley constitucional en orden a esas regulaciones y al régimen de autoridad pública.

3. Olvidar el origen

En la doctrina política moderna no puede faltar una cultura de sepultamiento o censura de violencia original. En los textos mitológicos antiguos ya se encuentran huellas de una voluntad a favor de borrar esa memoria y de todo aquello que prueba su existencia. Quizás la idea moderna más ambiciosa en este sentido sea la del contrato social. Como no hay interrogante humano al que los viejos griegos dejaran sin respuesta, Platón tenía la suya respecto de la negación deliberada del violento origen de la sociedad que conocieron. En *La República* (378 a-b) dice lo siguiente:

En cuanto a los actos de Cronos y lo que soportó de su hijo, aunque fueran ciertos, no convendría, en mi opinión, precipitarse con tanta ligereza a contárselos a unos seres desprovistos de criterio e ingenuos, sino más bien silenciárselos por completo; y si existiera alguna obligación de decírselos, convendría que fuera a través de unas fórmulas de Misterios, para un auditorio lo más reducido posible, y después del sacrificio, no de un cerdo, sino de una víctima que fuera más importante y de difícil obtención ¡a fin de que, por consiguiente, hubiera el menor número de personas posible para escucharlos! —Estoy de acuerdo —dijo [Adimante]— tales relatos son chocantes.

Para Girard, como antes para Freud, es en los mitos donde se encuentra el reflejo deformado y huellas de violencias fundadoras. Se transmiten de generación en generación cada vez más censurados. En las prácticas

punitivas modernas rastros de aquella violencia sobreviven en la idea, bastante extendida entre los penalistas, de que cada castigo representa un acto de refundación de la sociedad³².

La gran tradición filosófica moderna siempre intuyó que la cuestión del origen de la comunidad linda con la muerte. Los relatos sobre el *delito fundacional* –crimen colectivo, asesinato ritual, sacrificio– acompañan como oscuro contrapunto la historia de la civilización sobre el que la teoría política y jurídica pone esfuerzo en invisibilizar. El salvaje no esconde la violencia para mantener su sociedad indivisa e igual. En cambio, la violencia original de la sociedad estatal se sustrae al conocimiento. Como lo pone de manifiesto Eduardo Grüner, la filosofía política clásica representa el esfuerzo en ocultar el trauma fundacional del poder constituyente en beneficio de una imagen pacificadora del poder constituido:

El Estado moderno y el contractualismo son posibles por la renegación de la violencia constitutiva de lo político (...) porque la estabilización del Estado y de sus leyes requieren del olvido por parte del súbdito de que fue él quien originariamente ejerció la autonomía de fundar una autoridad que ahora lo domina.³³

4. ¿Vendetta interminable?

La descripción que hace Philippe Descola³⁴ del modo de vida de la tribu jíbara *achuar* es uno de los ejemplos más representativos de relato etnográfico que ubica a la *vendetta* primitiva siempre como resultado de un acuerdo malogrado frente al crimen. La visión antropológica del derecho penal moderno para justificar la institución de la pena pública está

³² Así, BACIGALUPO, E., ob. cit., p. 39 y ss., JAKÖBS, G., *Derecho penal, parte general*, ob. cit., p. 9 y ss.

³³ GRÜNER, E., *La forma de la espada*, ob. cit., p. 39 y ss.

³⁴ DESCOLA, F., *Las lanzas del crepúsculo: Relatos jíbaros*. Alta Amazonia, ob. cit., 2005.

basada en lo contrario, es decir, en la afirmación dogmática que hace de la venganza privada la regla que gobierna entre los salvajes la solución de querellas.

Tarir elige referirnos el último episodio del folletín Ikiam, ese hombre de Copataza cuya desaparición misteriosa alimenta desde hace algún tiempo ya los rumores más contradictorios. Yaur, hermano de Ikiam, parecía convencido de la culpabilidad de Sunpaish, el hombre del bajo Kapawi junto al que Pinik, mujer fugitiva de la víctima, había hallado un nuevo hogar. En ausencias de pruebas, pues el cadáver nunca fue encontrado, Yaur supuso que su hermano había cometido alguna imprudencia tratando de vengarse de su mujer y del hombre que la había arrebatado, y que este último había matado a Ikiam por una medida de protección. Parece que Yaur primero tuvo la intención de vengarse él mismo yendo a matar a Sumpaish –era su deber imperativo como pariente más próximo de Ikiam–, pero prefirió pedir una compensación material consciente de que Sumpaish probablemente había eliminado a su hermano en legítima defensa. Matar a Sumpaish es ahora una empresa arriesgada, pues el hombre está doblemente en guardia; es también exponerse a las represalias de sus parientes que no habrían de admitir la pertinencia de la venganza. En casos parecidos, la parte lesionada puede demandarle la “deuda de sangre”, *numpa tumash*.³⁵

La pasión de los jíbaros por el *raid* de venganza pareciera dar razón a los penalistas sobre la inevitabilidad de la pena pública para que exista sociedad. Pero como cualquier otra sociedad salvaje el único peligro a la que está expuesta es a su desaparición por la presión que ejerce sobre ella la civilización punitiva. Entre los jíbaros, el intercambio de bienes y la *vendetta* –“intercambio de muertos”– están regidos por principios idénticos. El término *tumash* se emplea en el trueque para designar la obligación de dar a cambio un objeto de valor equivalente al que se ha recibido y, en los conflictos, para caracterizar la situación en la que se exige al matador tener que pagar la vida que ha tomado con la suya propia o con

³⁵ *Ibid.*, p. 154.

un fusil llamado *tumash*. Así lo hizo Yaur, encargando a su cuñado ir a exigir en su nombre a la gente del bajo Kapawi la entrega de un fusil en compensación³⁶. El vocabulario de la deuda entre los *achuar* no tiene nada de metafórico. La regla de la sociedad jíbara para el conflicto es la misma que la del intercambio general de bienes y mujeres, que, si bien no hace desaparecer los enfrentamientos entre parientes y afines o entre tribus, "los precede y los prolonga, los orienta en algunos acasos y en otros contribuye incluso a eliminarlos"³⁷. Si deudas de muerte y riqueza se combinan para formar la trama de la relación general entre las tribus, ellas nunca coexisten en un vínculo de amistad, pero el compromiso de intercambiar bienes excluye todo recurso a la venganza.

Común a todas las sociedades salvajes de la región es la contradicción entre el irreprimible deseo de autonomía y defenderla mediante guerra con la necesidad de hacer alianzas a través del intercambio con otros. Pero es la *vendetta*, *meset* (daño, estrago), en tanto fracaso de una compensación, la que abre perspectivas para compararla con la guerra, y en particular en el caso jíbaro con la caza de cabezas. En la sociedad moderna no faltan comparaciones, tampoco; entre guerra al delito y guerra a enemigos externos. No deberían descartarse, por ello, identidades comunes entre trato punitivo, sacrificio y guerra. A primera vista, entre los *achuar*, pena privada y guerra parecen obedecer a lógicas diferentes pues la caza de cabezas desapareció mientras la *vendetta* no. Esta última es percibida por los jíbaros como resultante de una "ineluctable degradación de los lazos sociales entre personas que se reconocen como parientes, que hablan el mismo dialecto, se conocen personalmente y, en tiempos normales, se visitan ocasionalmente"³⁸. En general, a raíz de conflictos relativos a violencia o robo contra una mujer enfrenta a consanguíneos y aliados en acusaciones recíprocas de agresión. Como en la mayoría de las sociedades igualitarias, ciertos mecanismos de mediación

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid., p. 163.

³⁸ Ibid., p. 271.

permiten concluir provisoriamente las hostilidades o impedir su extensión. Esta solución produce cambios de alianzas y coaliciones temporarias que permiten a antiguos enemigos frecuentarse de nuevo, "ersatz satisfactorio para todos de una paz imposible"³⁹. Nada de esto ocurre en la guerra entre tribus. Cuando los *achuar* se refieren a sus combates pasados contra los *shuar*, emplean expresiones de resonancia más francamente militar —*maniakmu*, matanza o *nanki jukimiau*, leva de lanzas—, y subrayan que no había ninguna solución negociada para interrumpir los enfrentamientos o indemnizar a los parientes de una víctima. Los muertos de una *vendetta* nunca son decapitados, pues eran impropios de figurar en el ritual de *tsantsa* (reducción de cabezas de enemigos muertos) como emblema de alteridad en razón de su parentesco incluso lejano con los vengados. Sin embargo, las diferencias terminan por desaparecer cuando se observa que *vendetta* y guerra son el resultado de intercambios o alianzas malogradas o imposibles. Por ambas vías de violencia declina un estado de enemistad, aunque en diferentes registros, establecidos por el enemigo como afín y el enemigo como extraño⁴⁰. En la sociedad de autoridad, en cambio, el "enemigo afín", enemigo interno, perderá toda posibilidad de acuerdo por expropiación del conflicto.

La pasión por la guerra de los salvajes de América del Sur —que no ha dejado de causar perplejidad en la antropología por su intensidad y los rituales "macabros" que la acompañan— contrasta con el esfuerzo primitivo por componer, mediante intercambios de bienes estimados, el universo de conflictos para los cuales la sociedad civilizada reservará únicamente una solución punitiva que los primitivos reprimen y controlan. No se sufre menos la muerte de un ser querido en la selva que en la ciudad antigua o moderna. El intercambio indígena que la compensa no cura el dolor profundo de la pérdida o el resentimiento contra el asesino y sus aliados. Sin embargo, frente al agravio los salvajes demuestran un autocontrol desconocido para la civilización. Quizá la respuesta se encuentre

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid., p. 272.

en que la igualdad indígena impide la emergencia de esa figura vulnerable producida en la división social entre los que mandan y obedecen, y entre los que trabajan para otros y los que se apropian del trabajo ajeno.

Entre los indígenas tampoco faltan respuestas "penales" sobre individuos vulnerables que tienen como origen la muerte violenta accidental —aunque este concepto es extraño al salvaje—. Si entre los *guayaqui* alguien moría fulminado por un rayo o despedazado por un jaguar, el acontecimiento producía un encadenamiento sacrificial que tenía generalmente por víctima a un niño o niña unida al matador por lazos de afecto. Del mismo modo que en la pena civilizada, se destruye o se hace sufrir a alguien para beneficio de la sociedad. Si se omite a la masacre estatal de enemigos absolutos como trato penal extremo, es posible convenir que el mayor progreso civilizatorio en relación con la solución sacrificial esté en la invención y desarrollo del concepto de delito para fijar condiciones de habilitación de trato punitivo. Pero no puede dejar de señalarse que, aun bajo ese límite menos irracional, la civilización generaliza la práctica sacrificial sobre un mayor universo de personas o grupos vulnerables con la intención de hacer sufrir o destruir.

La antropología de la primera mitad del siglo XX denomina primitiva a la sociedad carente de los adelantos técnicos e institucionales de la sociedad occidental moderna. Se pregunta por el gobierno de estos pueblos, si conocen algo parecido a nuestro derecho, ley o política. Lo que preocupa a los antropólogos es la forma en que estas sociedades resuelven sus conflictos, en la creencia de que una sociedad sólo puede mantenerse unida mediante una autoridad que obliga a soportar castigos, imponer impuestos, servicios y trabajos. La antropóloga británica Lucy Mair, en *El Gobierno Primitivo* (1962), hace una inteligente síntesis de este punto de vista en su disciplina. Hay Estado cuando aparecen en sociedad instituciones que tienen el poder para imponer obediencia sobre una población a través de los servicios de un aparato de seguridad⁴¹. Ello habría ocurrido en la historia de una manera tan gradual

⁴¹ MAIR, L., *El Gobierno primitivo*, ob. cit., p. 17 y ss.

que no puede hablarse de un cambio revolucionario sino más bien de una "desgracia a cuenta gotas". En general, aquel punto de vista antropológico no difiere del sociológico o jurídico. Por ello mismo, la política y autoridad primitiva se miran según los parámetros de la sociedad estatal, por las funciones de coerción y monopolio de la violencia legítima. Sobre qué hace un gobierno, la respuesta de esta corriente de la antropología también es un lugar común. Un gobierno protege a la comunidad contra el desorden y los enemigos internos y externos; está basado en normas de violencia y en su empleo centralizado. Esta opinión es unánime hasta la publicación en 1940 de la obra *African Political System*, de los profesores de Cambridge y Oxford, Meyer Fortes y Evans-Pritchard. Se la considera el primer intento de respuesta a la cuestión de si podía reconocerse alguna sociedad que no tuviera gobierno, una sociedad que, carente de toda regla de coerción, pudiera subsistir a los conflictos que se suscitaban en su interior⁴².

Las sociedades carentes de policías y jueces emplean otras influencias para lograr que la gente se mantenga en paz o al menos en una situación todavía previsible. Los *nuer* como los *tallensi* de Ghana son los primeros ejemplos con el que los autores acuñan el concepto de "anarquía ordenada". Es el comienzo del fin del mito de la coerción inevitable para que la sociedad exista. Igual que en *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, de Malinowski (1926), este trabajo pionero parte de que ningún pueblo carece de normas. Se trata de saber si hay alguno que pueda existir sin normas punitivas. Según la doctrina jurídica, donde falta ley penal que asegure las expectativas de todos no puede reinar otra cosa que la anarquía y la antisociedad. Para los africanistas que contribuyen a este estudio, como después para Lucy Mair, es evidente a la simple observación que la idea de anarquía para los pueblos sin ley penal es un grandioso mito de la filosofía política clásica tributaria de una antropología de cronistas y descubridores. Los pueblos primitivos que observan en África en la década del cuarenta del siglo pasado no sólo no pasan su vida

⁴² FORTES, M. y EVANS-PRITCHARD, E. E., "Sistemas políticos africanos", ob. cit., p. 85 y ss.

en constantes luchas destruyéndose unos a otros, sino que cuentan con complejos sistemas normativos de mediación y arreglos.

No es imaginable un grupo humano, así se trate del más pequeño, como las bandas de los actuales bosquimanos, en el que el malestar, la agresión y el conflicto les sean ajenos a sus miembros. Sin embargo, sociedades sin gobierno ni ley penal no carecen de instituciones y maneras de actuar para convivir con el agravio sin que esa falta acabe en la anarquía, si esta palabra tiene algún sentido posible o si sólo se trata con ella de expresar el sentimiento de terror y desvalimiento que arrastramos como humanos. Los agravios, incluso los más graves, suscitan una reacción en la víctima, la parentela o en la tribu, aunque en este último caso convendría hablar de guerra. Pero la reacción busca una satisfacción mediante compensación. Lucy Mair pone como ejemplo a los pueblos *nilóticos*, pastores nómades de las zonas anegadizas del Nilo. Un rasgo que los caracteriza es que entre ellos falta el tipo de personas que definen una sociedad con Estado y gobierno: las personas autorizadas a utilizar la fuerza contra otras para obligarlas a soportar un sufrimiento en nombre de toda la sociedad.

Un pueblo como el *nuer* —con el gobierno más ínfimo que se pueda imaginar— se rige por el principio-norma de la reparación a la víctima que se obtiene por el grupo de personas emparentadas por vía masculina⁴³. A lo mismo se encuentra obligado el linaje del ofensor. Por el conflicto surgen obligaciones-deuda que se satisfacen a favor de la víctima con ganado y por la fuerza, porque rara vez los obligados lo hacen voluntariamente, no sin antes un debate público sobre el monto a resarcir. Siempre hay amenaza de lucha entre parentelas, pero incluso, si hay muertes, la negociación y la reparación son la regla como fin a un estado de agravio causante de un malestar general que los bandos se cansan de soportar. La ley común de los *nuer* es la que permite pagar una justa compensación en caso de homicidio. La muerte en la guerra —entre tribus de un mismo pueblo—, en cambio, no genera obligación alguna de reparar. Pero no se

⁴³ Ibid., p. 39 y ss.

roman prisioneros, no se matan mujeres ni niños ni se destruyen sus chozas; lo que sí se hace, eventualmente, contra otros pueblos.

"Caos aparente" o "anarquía ordenada" son términos acuñados por esta nueva antropología para señalar que es posible sociedad sin ley penal. En las sociedades igualitarias el delito y la pena no son negocio para nadie.

Un *nuer* agraviado en sus derechos puede actuar de dos maneras. Si le deben ganado, es lícito que se apodere de él. Si el deudor no pertenece a la aldea, tratará de hurtarle las bestias mientras pastan en campo abierto, evitando el combate; si habita en ella, las sacará simplemente del corral. Como todos sabrán que está haciendo y por qué, si la mayoría considera justa su demanda no encontrará resistencia. Caso contrario, personas ajenas al conflicto tratarán de persuadir a los contendientes para que recurran a los buenos oficios de una especie de mediador profesional. Se trata de un individuo dotado de especiales poderes rituales, entre ellos, el de celebrar el rito de reconciliación para finiquitar una disputa originada en un homicidio, a quien los *nuer* llaman *jefe piel de leopardo*; el título no implica ningún derecho a exigir obediencia y sólo alude al de lucir un manto de esa piel como privilegio y símbolo de su posición.⁴⁴

Aun en los casos más restringidos en que dos hombres se traben en lucha porque su honor les prohíbe ceder, los espectadores de la misma aldea harán lo posible por separarlos; los más ancianos harán valer aquí su ascendiente para un arreglo. Si se trata de conflictos en campamentos de hombres provenientes de distintas aldeas, con amenaza de un enfrentamiento campal, siempre encuentran tiempo para la conciliación. Que de un acto homicida surge para la parentela del muerto el deber de vengar la muerte, eso debe interpretarse únicamente como refuerzo para la reparación. Sólo para la mitología moderna de un homicidio cabe esperar una batalla campal de todos contra todos. Una fuerza que no debe subestimarse, además de las que provienen de las reglas de intercambio, es la del tabú de matar, en la que el autor de un homicidio resulta

⁴⁴ Ibid., p. 44.

contaminado por su hecho. La persona queda separada de la sociedad a la que pertenece, no puede comer o beber con los demás, o de lo contrario morirá por el aislamiento. Éstos son los secretos de que pueblos que no reconocen ninguna autoridad puedan vivir en una relativa paz consigo mismo sin verse obligados a crear la figura del enemigo interno y encontrar pacificación con su sacrificio.

Otros pueblos *nilóticos*, los *dinka*, *anuak* y *shilluk*, frente al homicidio dentro de la misma tribu estiman correcto que los perjudicados encuentren la reparación por la vía pacífica de la mediación y el pago de una compensación⁴⁵. Pero en el lugar del jefe *piel de leopardo* se encuentra el señor de la lanza de pesca que, como aquél, no tiene fuerza para hacerse obedecer. Entre los *anuak* las disputas internas se dirimen recurriendo al jefe pero no como juez sino como mediador.

El hecho de que pueda pretenderse vengar una muerte dentro de los estrechos límites de una aldea *anuak* es tan inconcebible para ellos como para cualquier otra comunidad diminuta; para evitarlo, el asesino y sus parientes acostumbran emigrar por un tiempo hasta que se apague la ira de sus víctimas.⁴⁶

Los *hamito-nilotas*, en cambio, no tienen mediadores. Quien se considera afectado entre los *turkana* despoja al ofensor de tantas bestias como le parezca hasta darse por satisfecho. Ante un homicidio admiten la tanto la negociación como la venganza (siempre aparecen juntas), pero "desaprueban la prolongación de una disputa inveterada a través del tiempo"⁴⁷. Entre los *bantú* hay un pueblo que habita en el Lago Victoria, los *bantú kavirondo* o *luhya*, en el que frente a un agravio homicida los ancianos no pierden tiempo y corren a reunirse en el lugar del hecho para prevenir peleas, discutir la situación y, en algunos casos, a emitir un fallo, aunque no pueden imponerlo a las partes contendientes. Incluso, si no

⁴⁵ *Ibid.*, p. 50.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 51.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 53.

hay acuerdo, tampoco la lucha se presenta inevitable. Podía ocurrir que la parentela inconforme se retire a otro territorio⁴⁸.

Uganda ofrece ejemplos en los que se admite conjuntamente la autoridad de un jefe y el sistema venganza-compensación⁴⁹. Es interesante porque parece remitir al fundamento de la filosofía clásica como prueba de que la autoridad punitiva representa un salto evolutivo frente a la venganza. Según los recuerdos que guardan de su pasado independiente, los pueblos sometidos a los jefes *alur* reconocen el derecho a las represalias pero carecen de instrumentos formales que les permitan poner término a las hostilidades. Lo curioso es que estos pueblos que no fueron conquistados piden a los jefes *alur* que los gobiernen, algunos hasta lo habrían rogado, impulsados principalmente por el deseo de tener un superior que dirimiera sus querellas. A partir de ese momento toda lucha desatada dentro de su dominio es considerada un desafío a la autoridad. Matar a uno de los súbditos era agraviar por igual a la familia de la víctima como al jefe *alur*. La justicia es una fuente de ingresos porque la desobediencia se paga con el saqueo de ganado y de tierras⁵⁰. La descripción etnográfica fija el origen del delito en el desajuste con la autoridad. Desde el momento en que aparece la autoridad el homicidio se hace irreparable porque se convierte en un acto de enemistad con el soberano.

Sin que nunca se haya descrito una situación de anarquía o de violencia indiscriminada, lo único que puede demostrarse es el esfuerzo de parentelas enfrentadas por agravios y el de la comunidad, en especial a través de algunas instituciones persuasivas, por deponer el estado de lucha e irritación. Puede decirse que el estado de venganza hace posible la reparación. En la sociedad primitiva el intercambio es lo que funda la sociedad humana, y no han faltado autores que han querido ver en este sistema el origen salvaje de los contratos civiles del derecho antiguo romano y germánico, como de la doctrina del contrato social. Tal

⁴⁸ WAGNER, G., *The bantú of Kavirondo*, vol. I, 1949, citado por MAIR, L., *ob. cit.*, p. 55.

⁴⁹ MAIR, L., *ob. cit.*, p. 59.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 60.

es el caso de Marcel Mauss en *Ensayo sobre el don*⁵¹, pese a la enorme distancia sociológica que separa un intercambio salvaje que preserve la igualdad con el que se realiza entre súbditos. Para Mauss intercambio o *don* remite necesariamente a la idea del contrato moderno. Sin embargo, como dice Marshall Sahlins, el don no implica la pérdida de libertad e igualdad, como lo hace el contrato en tanto condición de paz que es siempre estructura de sometimiento y a veces de terror. El *don* es la institución que resiste como freno el nacimiento del Estado⁵². Mauss, en cambio, denomina *don* al sistema, que como el *kula* y el *potlach* son de prestaciones y contraprestaciones que obligan a dar, recibir y devolver⁵³. Se devuelve, siempre, más de lo que se ha recibido. Dar es superioridad, se da en exceso para humillar y ganar adeptos. En el caso de las sociedades polinesias el incumplimiento en devolver lo que estaba obligado a recibir puede provocar la caída en la esclavitud, como en el *nexum* romano. Pero en el don se espera devolver sin coacciones. Había incertidumbre pero no coacción, a diferencia de lo que ocurre en el presente en el que el empeño está puesto en evitar incertidumbre y estabilizar expectativas con solución punitiva. Quizás el *potlach* no constituyera más que un modo en que los grandes hombres intentaron elevarse por encima del resto. Pero era sólo en estima, porque donde se practicó sobresalió el exceso, el gasto y la destrucción⁵⁴.

Según Sahlins, la contribución de Mauss sustituye la fantasía de la guerra de todos contra todos por otra en la que domina el intercambio de todos con todos como si se tratara de un pacto social y político primitivo de "prestaciones totales". Erradicó la especulación medieval y moderna sobre el contrato y le aportó a esta otra especulación sólidas bases etnológicas. El propósito del contrato político es la unificación de

⁵¹ MAUSS, M., *Ensayo sobre el don. Forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*, ob. cit., p. 188 y ss.

⁵² SAHLINS, M., *Economía de la edad de piedra*, ob. cit., p. 189.

⁵³ MAUSS, M., ob. cit., p. 138.

⁵⁴ HARRIS, M., *Introducción a la antropología general*, ob. cit., p. 181.

lo que está aislado en beneficio de todos porque con ello se pone fin a la lucha permanente⁵⁵. Según el antropólogo estadounidense, el don y el intercambio no requieren un tercero por encima del resto y, lo que es más importante, no sustraen poder ni autonomía a los individuos, que es lo que ocurrirá con la aparición del Estado que hace de hombres y mujeres súbditos dependientes y vulnerables, pero sobre todo indefensos frente a otros, especialmente ante al poder punitivo. La historia de la civilización es la historia del progreso de la indefensión humana.

La "guerra de todos contra todos" es una frase espectacular, dice Sahlins. Con ella también, no menos espectacularmente, se define al hombre por sus instintos o su inclinación agresiva o, como la llama Hobbes, su "voluntad de combatir", libertad de recurrir a la fuerza, deseo de poder que cesa con la muerte. La guerra interminable se deduce del hombre, pero al hacerlo se oculta la sociedad. Este antropólogo norteamericano dedica un libro especialmente a combatir la idea extendida en la cultura occidental del hombre como ser consagrado a la agresión y al interés propio que impediría toda socialización, si no fuera por la compulsión externa de una autoridad que evita la anarquía narcisista de la guerra de todos contra todos. Dice Sahlins que la civilización occidental ha sido construida sobre una idea "perversa y equivocada de la naturaleza humana (...). Sin embargo, probablemente sea cierto que esta idea perversa de la naturaleza humana pone en peligro nuestra existencia"⁵⁶.

No sólo no existe "guerra de todos contra todos" en la sociedad natural. Tampoco hay miseria, ni la vida es imposible. El fantasma de la guerra y el hambre son imágenes recurrentes de la sociedad primitiva. Su inclinación natural a la agresión, su animismo, la irracionalidad y la incompetencia técnica fueron los fracasos que le imputan para colocarla así en el pasado infantil de la civilización. Se hace justicia con ella cuando se le reconoce opulencia, aun en contextos de graves compulsiones⁵⁷. Sahlins

⁵⁵ SAHLINS, M., ob. cit., p. 190.

⁵⁶ SAHLINS, M., *La ilusión occidental de la naturaleza humana...*, ob. cit., p. 125.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 14.

fue durante mucho tiempo el único entre los etnólogos que se opuso a la tesis de la penuria de los cazadores y sus pasos fueron seguidos por otros. Se demostró que para vivir trabajan menos y tienen mayor bienestar que el que tiene un obrero inglés de la revolución industrial o que los pobres de países en desarrollo en la actualidad⁵⁸. Los informes sobre cazadores y recolectores del presente etnológico sugieren un promedio de tres a cinco horas de trabajo por día de un adulto en la producción de alimentos, por lo que el neolítico no representó ningún progreso sobre el paleolítico en cuanto a la cantidad de tiempo *per cápita* para la producción en función de la subsistencia. Incluso hoy día —era del poder tecnológico— se trabaja más y aun así un tercio de la humanidad se acuesta todos los días con hambre. Aunque cueste creerlo, el hambre y el poder punitivo aumentan en términos relativos y absolutos con el proceso civilizatorio.

SERVIDUMBRE PUNITIVA

1. Sociedad contra Estado

No hay obra antropológica más breve, densa y capital como la de Pierre Clastres. No se ha terminado de medir la "fuerza renovadora"¹ de la idea que hace del mundo salvaje un universo intencionalmente antipunitivo. Sólo tardíamente la antropología se ocupó de la dimensión política de las sociedades arcaicas. Acostumbrados a verlas como pueblos "sin fe, sin rey, ni ley", no se reparó en que el sistema de intercambio cooperativo de los salvajes puede ser analizado como una deliberada política antiestatal. El derecho y la filosofía política tendieron a naturalizar la sociedad como un rebaño de autómatas que siguen a un jefe, como si estuvieran poseídos por un instinto de obediencia. "Sociedades sin leyes penales" sólo puede ser un sinsentido para una doctrina de la soberanía, de la cual el derecho penal es apenas un apéndice. "Tú harás esto o lo otro bajo amenaza de pena" es una norma inconcebible para los salvajes. En la sociedad salvaje no existe la figura del enemigo interno que caracterizará a la sociedad civilizada. En Clastres y en otros antes que él, sin olvidar al genial La Boétie², la pregunta es si el poder sobre otros —en particular el punitivo— es un hecho natural o cultural. El interrogante es sobre la evitabilidad o inevitabilidad de esta trágica desventura humana³.

Hay política entre los salvajes como la hay en la sociedad industrial. La política de los salvajes tiene por fin mantener la igualdad, a diferencia de lo que sucede en la sociedad de clases, donde tiene el fin contrario.

¹ GRÜNER, E., "Pierre Clastres, o la rebeldía voluntaria", ob. cit., p. 7.

² DE LA BOÉTIE, E., *El discurso de la servidumbre voluntaria*, ob. cit.

³ CLASTRES, P., "Copérnico y los salvajes", en *Sociedad contra Estado*, ob. cit., p. 7 y ss.; *Sociedad contra Estado*, ob. cit., p. 161 y ss.

⁵⁸ Ibid., pp. 27-45.

Pero a esa meta no llegan con normas de trato punitivo sino con normas de reparación para el interior del grupo; para los extraños, llegado el caso, tienen la guerra. ¿De dónde se desprende la idea de que no hay política en las sociedades que no observan el sistema orden punitivo-obediencia de soportar castigo? Si al poder se lo caracteriza en tanto monopolio legítimo de la violencia, indudablemente en la sociedad arcaica no hay rastro de nada parecido. Sin embargo, Clastres prueba que esto es falso, que hay poder donde no hay autoridad punitiva.

Esta etnología descubre un enorme conjunto de sociedades donde lo que en Occidente se llama "poder" se determina como campo fuera de toda coerción y violencia, fuera de toda subordinación jerárquica y donde, en una palabra, no se da ninguna relación orden-obediencia, que será la esencia de la norma jurídica-penal en la sociedad estatal. Si hay algo completamente ajeno a un indígena americano, es la idea de dar un orden o tener que obedecerla, salvo en circunstancias muy especiales como la guerra. Por ello no parece evidente que coerción y subordinación constituyan la esencia del poder político siempre y en todas partes⁴. Calificar la sociedad salvaje de "anarquía sanguinaria" se funda en criterios de inferiorización. Ausencia de escritura, de historia, de normas coactivas y Estado; por ende, falta de futuro, economía de subsistencia e incapacidad para producir excedentes; por ello, incapacidad para el progreso civilizatorio. Clastres ve en la cultura etnocéntrica la causa para naturalizar el poder político en términos de relaciones jerarquizadas de orden y obediencia: donde no lo hay falta el poder y, por tanto, la sociedad es imposible. Estas ideas se emparentan con el evolucionismo y en esta asociación se fija la creencia de que el poder punitivo que desplaza la violencia o venganza interminable es un progreso en el desarrollo de la historia humana. El salvajismo es la infancia de la civilización como la venganza privada es una etapa de la venganza pública. La venganza primitiva, una travesura cruel de una edad irracional de la historia humana. La anarquía primordial fue superada para que el hombre ingrese a un

modo más humano de vivir. El juicio de la antropología tradicional es que el mundo indígena está representado por sociedades incompletas. No son para ella verdaderas sociedades:

... subsisten en la experiencia dolorosa de una carencia —carencia de Estado— (...) porque el Estado es el destino de toda sociedad. Cada uno de nosotros lleva efectivamente en sí, interiorizado como la fe de un creyente, la certidumbre de que la sociedad es para el Estado.⁵

Hay suficiente evidencia en la literatura etnográfica y antropológica para salir de la oscuridad y asomar la cabeza para leer descripciones de pueblos donde la política todavía existe sin violencia. Aunque sea muy difícil pensar la sociedad sin política, la política de los salvajes es política contra la emergencia punitiva. La mayoría de las sociedades indígenas de América se distinguen esencialmente "por el sentido de la democracia y el gusto por la igualdad". La particularidad más notable que describieron los primeros viajeros de Brasil y los etnógrafos que los siguieron fue indicar que lo que caracteriza al jefe indígena es su falta casi completa de autoridad⁶. El poder impotente del jefe parece un contrasentido. Pero es un poder que no reside en su fuerza punitiva, como en la civilización, sino en otras cualidades que hoy están lejos de ser consideradas valiosas. El jefe, primer deudor de su pueblo, hacedor de la paz mediante la palabra, es el más generoso. Lo opuesto a la autoridad moderna es lo común para los salvajes de Sudamérica y Norteamérica. Este estado sólo se modifica en una situación de guerra, pero al regreso el jefe vuelve a la impotencia. Entre los *cubeos* o entre las tribus del Orinoco existe un poder civil y otro militar⁷. Durante la expedición guerrera la autoridad puede gozar de un poder absoluto que pierde en tiempo de paz. El modelo de poder punitivo sólo es aceptado en ocasiones excepcionales y ello ocurre ante el peligro exterior. Pero lo normal es que el jefe tenga a su cargo la función de mantener la paz y armonía del grupo.

⁵ Ibid., p. 161.

⁶ CLASTRES, P., *Sociedad contra Estado*, ob. cit., p. 26.

⁷ Ibid., p. 27.

⁴ CLASTRES, P., *Sociedad contra Estado*, ob. cit., pp. 11-12.

La sociedad indígena no es ajena al conflicto y malestar individual. El jefe debe apaciguar peleas y resolver diferendos sin uso de una fuerza que, desde luego, no posee ni se le permite poseer. Fiándose únicamente en virtudes de prestigio, equidad y fundamentalmente de palabra, más que un juez que sanciona, dice Clastres, es árbitro y "apaciguador profesional" que busca reconciliar partes en litigio⁸. El papel del jefe indio no se explica sin otro de sus rasgos. Su liderazgo tiene como requisito la generosidad, que más que un deber parece una servidumbre⁹. Los etnólogos han observado entre las poblaciones más diversas de América del Sur que esta obligación de dar a la cual el jefe está sometido es vivida por los indígenas como un derecho para infligirle un pillaje permanente, sancionado con el retiro de prestigio y, por ende, de privilegio. Lo más notable es que el jefe es aquel que posee menos que todos. Como especulación, Clastres aventura que estas sociedades constituyen su esfera política según una intuición que desempeñaría el papel de una regla: que el poder, como lo saben durante la guerra, es esencialmente poder punitivo incontrolable y contrario a la igualdad.

Lejos de ofrecernos la imagen sin brillo de una incapacidad para la política, estas sociedades nos asombran por la sutileza con que han planteado la cuestión del poder. Rápidamente presintieron que la trascendencia del poder encierra un peligro mortal (...) la intuición de esta amenaza ha determinado la profundidad de su filosofía política.¹⁰

Los salvajes hacen política para aplazar la irrupción de la política punitiva, es decir, son *sociedades contra Estado*.

El salvaje quiere un jefe impotente para dar órdenes e imponer castigos. Su sociedad rechaza deliberadamente la acumulación de excedentes y el trabajo forzoso. Contrariamente a lo que de ello podría deducir el punto de vista etnocentrista, son *sociedades de abundancia*, como lo

⁸ Ibid., pp. 28 y 33.

⁹ Ibid., p. 29.

¹⁰ Ibid., p. 40.

expresa la bella expresión de Sahlins¹¹. En la sociedad indígena, dice Clastres, la economía se vuelve economía política o política a secas. La sociedad de iguales trabaja para vivir; sólo con poder punitivo la sociedad de Estado puede hacer que se viva para trabajar. Cuando aquella relación se invierte el poder punitivo se pone al servicio de la división social del trabajo entre los que producen y los que se apropian de trabajo ajeno. Sociedad dividida entre dominantes y dominados en la que el poder punitivo se vuelve persistente, peor aún, se naturaliza por la demanda subjetiva, imposible de satisfacer ante el *conflicto permanente* que produce la división social.

El etnógrafo de los *guayaqui* es uno de los más agudos críticos de la tesis marxista ortodoxa que hace de la infraestructura económica de la sociedad el factor determinante de la superestructura jurídica-política¹². El continente americano ilustra a cazadores nómades o agricultores sedentarios, dos estructuras económicas diferentes que, sin embargo, presentan las mismas realidades sociopolíticas. Mientras la economía no es determinante para la sociedad salvaje, sí lo es la política. Fue una ruptura política la que colocó al mundo primitivo ante el abismo de la jerarquización social:

La verdadera revolución en la protohistoria de la humanidad no es la del neolítico, ella puede dejar intacta la antigua organización social, es la revolución política, esa aparición misteriosa, irreversible, mortal para las sociedades primitivas que conocemos con el nombre de Estado¹³.

Este marxismo asegura que para que el Estado irrumpa en la sociedad es necesario que antes haya división social en clases. Es la hipótesis instrumental del Estado que permite a la clase dominante ejercer su dominación punitiva sobre las clases dominadas. En este esquema, la

¹¹ SAHLINS, M., ob. cit., p. 22.

¹² CLASTRES, P., "Los marxistas y su antropología", en *Investigaciones en antropología política*, ob. cit., p. 165 y ss.

¹³ CLASTRES, P., *Sociedad contra Estado*, ob. cit., p. 172 y ss.

división social precede al Estado. Esta hipótesis es frágil. Si la sociedad es organizada por opresores capaces de explotar a los oprimidos, quiere decir que esta capacidad de imponer la alienación se sostiene en el uso de una fuerza. Así el Estado sería el órgano inútil de una función cumplida antes en la sociedad civil por obra de la división en clases. ¿Para qué el Estado si la sociedad ya estaba dividida? Para el antropólogo francés, si la sociedad está dividida, es porque existe una potencia que lo determina en la relación social. ¿Por qué se produjo esta transformación? ¿Cuál fue el motor del cambio que culminaría con la instauración del Estado? ¿Fue la propiedad privada, cuando alguien declaró "esto es mío", como lo creyó Rousseau? Si todo fue así de simple, ¿por qué hombres y mujeres habrían de aceptar lo que siempre rechazaron? La división social por apropiación de los recursos de vida, dice Clastres, no fue la causa por la que la sociedad primitiva se volvió sociedad con Estado, porque en la sociedad primitiva de abundancia el Estado es imposible. Si todos los pueblos civilizados han sido primero salvajes, ¿cuál fue la razón para que lo imposible se hiciera posible y real? ¿Qué enorme acontecimiento permitió el monopolio de la violencia legítima? La respuesta es un misterio. Lo único que podría afirmarse son las condiciones para su no aparición. Sin embargo, existe una fisura por donde se filtra el poder punitivo.

Se sabe que el jefe indio es una autoridad sin poder: no podría perjudicar a ninguno de los suyos sin perjudicarse él mismo. Si utilizara órdenes o la fuerza con sus compañeros, ellos le volverían la espalda como le reconoció el gran cacique *Alaykín*, jefe de guerra de una tribu abipona del Chaco argentino, a un oficial español¹⁴. Sin embargo, para Clastres, hay excepciones, todas relativas a la guerra donde el deseo de prestigio del guerrero se vuelva contra la sociedad, contra la norma de igualdad, cuando esos poderes de que goza en la partida militar se hacen permanentes. Deseo de poder que no puede si no tener como contrapartida un deseo de sumisión, sin cuya liberación por los límites que impone la sociedad indivisa no podría comprenderse la irrupción de la

¹⁴ CLASTRES, P., *Sociedad contra Estado*, ob. cit., p. 176; *Investigaciones en antropología política*, ob. cit., p. 160.

dominación punitiva y la servidumbre. Si el indígena renuncia a esta lucha, perdería su libertad. No existe deseo realizable de mandar, sin un deseo correlativo de obedecer¹⁵. Cuando el jefe de la guerra utiliza su autoridad como medio para su beneficio privado la sociedad indivisa se coloca en una encrucijada. Si esta situación llegara a prevalecer, irrumpería entre los salvajes un poder político de otro signo, como compulsión y violencia. Pues bien, esto no funciona nunca, como lo testimonia el abandono de Jerónimo por sus seguidores o, en el caso de los *tupí guaraní*, que frente al contacto con los colonizadores y el ascenso de los jefes, se vieron forzados por las palabras de sus profetas a una suicidio colectivo. No obstante, según Clastres, tampoco debería rechazarse la hipótesis demográfica, que en ciertas situaciones puede determinar la aparición del Estado. Para que una sociedad sea primitiva tiene que ser pequeña, de allí que la atomización del universo tribal sea el medio eficaz indígena para impedir el surgimiento del Estado, que es esencialmente unificador¹⁶.

¿Cómo es posible que la mayoría, por cualquier razón, termine por obedecer la autoridad, se obligue a soportar sufrimiento y, además, quiera hacerlo? ¿Cómo esta obligación a soportar sufrimiento puede fundarse en una voluntad de servidumbre? Para Étienne de La Boétie, el hombre habría perdido su libertad por accidente. Accidente trágico, desventura penosa en la que el deseo de libertad trocó en deseo de servidumbre. En esta caída de la sociedad en la sumisión voluntaria de la mayoría, el amigo de Montaigne ve una desgracia irreversible, porque la servidumbre voluntaria no es otra cosa que *amor a la servidumbre*¹⁷. El deseo de servidumbre representa la degradación del hombre. Como si se tratara de un encantamiento o un hechizo, el pueblo quiere servir al soberano. El amor a la ley es la versión más secularizada del pacto con el diablo. Siempre se obtiene algo a cambio. Quizás, la ilusión de un beneficio de seguridad.

¹⁵ CLASTRES, P., *Investigaciones en antropología política*, ob. cit., p. 115.

¹⁶ CLASTRES, P., *Sociedad contra Estado*, ob. cit., p. 69 y ss.

¹⁷ DE LA BOÉTIE, ob. cit., pp. 46-47.

2. El comienzo del fin: los *paniagudos*

Entre los *nuer* algunos individuos son líderes en el sentido de que gozan de respeto y sirven de guía. Los privilegios de convertirse en *toro de campamento* son tan escasos que a muchos no les importa perderlo. Ningún *nuer* tolera que se le den órdenes, y siguen a su líder si les parece, pero, como los *señores de la lanza* entre los *dinka*, se ocupan de los asuntos de la guerra y la paz, como por ejemplo evitar disputas internas que debiliten a la comunidad dejándola a merced de los enemigos. Con la expansión del gobierno comienza a invertirse esta relación entre pueblo y jefe. Se encontraron ejemplos en el este de África en que el origen de la sociedad con obediencia incondicional de súbditos y mando de jefes no necesariamente es resultado de la guerra de conquista. Esta evidencia etnológica contradice la opinión evolucionista que ve en los jefes el germen de la sociedad punitiva. El punto de vista de Lucy Mair es que el cambio se produce cuando se está frente a un líder capaz de mantener un cuerpo permanente de secuaces —*paniagudos*— de quienes puede servirse para imponer su voluntad y que a su vez se identifican más con la autoridad que con cualquier otro sector de la población. En adelante, todo individuo estará sometido a alguna autoridad principal o delegada, y los que la ejercen castigarán la desobediencia de mandatos, juzgarán pleitos en el territorio de su jurisdicción, recolectarán impuestos y obligarán al trabajo.

A orillas del Lago Victoria existieron unidades políticas y reinos con división social en dos clases reconocidas, la dominante y la sometida, la que da órdenes y la que obedece. Socialmente estuvieron representadas por pastores, en un caso, y campesinos considerados inferiores y siervos, en otro. Son tan inamovibles estas posiciones que se llegó a caracterizar como régimen de casta de estilo hindú, tal como ocurre en el reino de Ruanda entre los *tutsi* pastores y los *hutus* agricultores.

Aunque en los reinos más extensos sus monarcas y jefes principales se valían de *paniagudos* para castigar súbditos desobedientes, en apariencia no los utilizaban como fuerza policial para ejecutar sentencias dictadas en las disputas entre vasallos. El rey Ankole les prohibía a

los suyos el resarcimiento de agravios por la fuerza hasta tanto no le hubiesen llevado a él los litigios, pero una vez que pronunciaba el veredicto, la parte favorecida tenía derecho a buscar la compensación debida. Esta situación se planteaba especialmente en los casos de homicidio, que pedía una venganza de sangre.¹⁸

En la sociedad *ganda* los homicidios se discutían entre linajes afectados y derivaban en la entrega del asesino por sus parientes, si éstos admitían su culpabilidad. Otras fuentes¹⁹ informan acerca de los numerosos "arreglos diplomáticos" —por así decir— a los que se llegaba mediante un acuerdo entre jefes de linaje sobre el pago de una compensación. Los *haya* recuerdan que cualquier aldeano querellado con algún vecino podía convocar a los ancianos del poblado para que, reunidos en asamblea, conciliaran la disputa.

Esta costumbre se mantiene vigente entre los *nyoro*, pese a que hoy día [1940] toda la justicia formal está en manos de tribunales responsables ante el gobierno de Uganda (...) Los ancianos no gozan de ningún derecho a imponer sanciones, simplemente discuten la demanda y deciden quién es el culpable, luego se provee la carne y cerveza necesarias para celebrar una fiesta reconciliatoria.²⁰

Ahora bien, en los estados más extensos existe una modalidad *nada común* entre los pueblos carentes de sistema estatal: el castigo. ¿Puede interpretarse esto como los albores de una noción de derecho penal? Es extraordinario que sociedades primitivas que no conciben la existencia de delitos que no pueden purgarse mediante el pago de indemnización exigiesen, en cambio, la imposición de un castigo. Quizás como ejemplo sobresaliente pueda considerarse el *kingolle kamba*, ejecución de un individuo odioso a la comunidad mediante la acción colectiva de todos sus miembros²¹.

¹⁸ MAIR, L., ob. cit., p. 146 y ss.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid., p. 147.

²¹ Ibid.

3. Acuerdo y castigo

Otros ejemplos de pueblos sin autoridad o de pueblos "sin política", como equivocadamente se habla de ellos, son algunos grupos de cazadores y pastores de Australia aborigen. Con respecto a los *yir yoront*, se señala que una jerarquía de tipo piramidal o de Y invertida que incluya a todos los hombres en el sistema es una imposibilidad²². Esta sociedad no puede tolerar siquiera jefes o caudillos moderados: cada individuo es el centro de su propio universo. Como en los *bosquimanos kung* del desierto de Kalahari, el mal comportamiento es juzgado y controlado por la opinión pública, y cuando hay un intento de venganza el hecho es muy deplorado por la comunidad²³. Entre los *sirono* no hay obligación de obedecer las órdenes del jefe, ni castigo por no cumplirlas. Se le presta poca atención a lo que dice pero el jefe tiene que hablar. No interviene en las disputas y no hay agentes para el control social.

Tan fuerte es el individualismo de los *sirono* y tan elástico el sistema social que el delito y el castigo son raros. El asesinato nunca se perdona pero entre los *sirono* es prácticamente desconocido y, en los excepcionales casos en que ocurre, los autores son expulsados de la banda durante un tiempo considerable, pero más tarde pueden regresar y continuar su vida normal.²⁴

La justicia es informal y privada y no se matan unos a otros por ello, aunque las disputas, envidias, agresiones, quejas y peleas son constantes. En términos generales, "parece que el mantenimiento de la ley se basa, en gran medida, en el principio de reciprocidad"²⁵. Los *konkomba* que viven en la parte septentrional de Togo son cultivadores; arreglan sus disputas

²² LAURISTON SHARP, L. R., "Pueblos sin política", en LLOBERA, J. R. (comp.), *Antropología Política*, ob. cit., p. 155 y ss.

²³ MARSHALL, L., "Los bosquimanos kung del desierto de Kalahari", en LLOBERA, J. R. (comp.), *Antropología Política*, ob. cit., p. 167.

²⁴ HOLMBERG, A., "Organización política de los sirono", en LLOBERA, J. R. (comp.), *Antropología Política*, ob. cit., p. 179.

²⁵ *Ibid.*

sin el recurso de la fuerza y es obligatorio que así sea. El homicidio entre el grupo parece que no ocurre nunca. Existe entre los clanes de la misma tribu un rito llamado "entierro de la lucha", por el cual quedan zanjadas las disputas a través del enterramiento simbólico de flechas. Hasta donde alcanza el conocimiento etnológico, su sistema político hacia el interior del grupo, el clan, está dominado por la prohibición de la fuerza y el talión²⁶. En América del Norte, entre los navajos, también las disputas deben resolverse mediante compromisos y arbitrajes. La fuerza puede emplearse únicamente contra brujos y extraños. La cooperación es la regla de la vida social y la obediencia es voluntaria. El poder es ejercido por personas concretas en situaciones concretas y no hay líder supremo, ni cadena jerárquica de mando, ni monopolio de la fuerza²⁷. En las tribus de las montañas orientales de Nueva Guinea tampoco hay rastro alguno de autoridad. Son igualitarias y funcionan a base de consenso, especialmente, mediante el recurso de palabra conciliadora²⁸. Muy tempranamente se reconoció esta característica en las sociedades igualitarias. En 1767 Adam Ferguson señaló:

...que no tienen de hecho ningún grado de subordinación diferente a causa de la distribución de funciones, que obedece a las diferencias de edad, talentos y disposiciones. Las cualidades personales proporcionan un ascendiente en el momento clave de ocasiones que requieren su ejercicio, pero en los tiempos de relajación, no dejan vestigio alguno de poder o prerrogativa.²⁹

Incluso antes, en 1634, el padre Le Jeune decía de los indios *cris* canadienses "que toda la autoridad de un jefe reside en la punta de su lengua, porque es poderoso en la medida en que es elocuente y no será obedecido

²⁶ TAIT, D., "El sistema político de los konkomba", en LLOBERA, J. R. (comp.), *Antropología Política*, ob. cit., p. 185 y ss.

²⁷ SHEPARDSON, M., "El sistema tradicional de los navajos", en LLOBERA, J. R. (comp.), *Antropología Política*, ob. cit., p. 239 y ss.

²⁸ READ, K. R., "Liderazgo y consenso en una sociedad de Nueva Guinea", en LLOBERA, J. R. (comp.), *Antropología Política*, ob. cit., p. 251.

²⁹ SERVICE, E., *Los orígenes del Estado y de la civilización*, ob. cit., p. 65 y ss.

a menos que agrade a los salvajes", y de otro grupo, los *naskapis*, montañeses del Labrador, observaba que el indio "no soportará lo más mínimo de aquellos que se muestran deseosos de arrogarse una superioridad sobre los demás"³⁰. Los jefes eran especialistas para interpretar la opinión pública, "tienen su dedo sobre el pulso de la opinión pública", porque no tienen de ordinario recursos morales ni físicos para imponer su voluntad³¹. Esta característica de la jefatura sin poder para obligar será determinante para el tratamiento del conflicto interno porque el igualitarismo no impide ni el malestar ni la agresión. Como se señaló, normas de reparación e intercambio regulan la sociedad. Sin embargo, el quebrantamiento de normas, que es normal en estas sociedades, también tenía como manifestación la desaprobación general o el aislamiento del delincuente privándolo de la cortesía y del miramiento recíproco³².

En la sociedad igualitaria no hay fuerza física que pueda monopolizarse contra el recalcitrante. ¿La fuerza es innecesaria porque el peso de la costumbre es, en reemplazo, un factor disuasivo suficiente? La respuesta es no. Del mismo modo que lo punitivo no disuade nada en la civilización, la costumbre tampoco disuade nada en la sociedad igualitaria. También entre los salvajes hay pasión por violar normas. Frente a la infracción lo que obliga es el arbitraje. Pero hay otros medios distintos a la regla de intercambio para pacificar. Son los duelos, como las canciones entre los esquimales contendientes. Los duelos de canciones se usan para resolver todo tipo de rencillas y disputas, aun frente al homicidio. El vencedor es el que se lleva el aplauso más entusiasta y no importa ningún tipo de restitución. La reparación es la gratificación por el prestigio que se obtiene. Una canción *nuit* dice:

Corrió el rumor / Sobre un hombre y una esposa / Que no podían
avenirse / ¿Y en qué consistía? / Una esposa que, en su legítimo enojo, /
Desgarró las pieles de su marido / Tomó su canoa / Y se alejó remando

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

con su hijo / Ay-Ay, todos los que me escuchan / Qué piensan de él /
Que es grande en su enojo / pero débil en su fuerza / Lloriqueando en
vano / Obtuvo lo que se merecía / Aunque fue él quien orgullosamente /
Inició esta disputa con palabras estúpidas.³³

Es común entre los esquimales que el ofensor se dé por vencido porque ya no puede contar con nadie para su causa si quiere continuar con el litigio. Si lo hace, estará sólo, y si se trata de un rapto de esposas puede vivir a expensas de su habilidad y su fuerza.

Entre los australianos los duelistas resuelven las disputas arrojándose azagayas. Desde una distancia prescrita, al acusador se le permite tirar mientras que el demandado sólo tiene permitido esquivarlas. El público puede aplaudir la habilidad en el lanzamiento y la destreza del acusado para eludirlas. El público va componiendo gradualmente una opinión mayoritaria. Cuando esto beneficia al acusado el ofendido deja de arrojar azagayas. Pero si es el demandado el que pierde se espera que consienta ser herido. Algo tiene que perder, por ello se lo ha denominado "combate expiatorio"³⁴. Siempre existe el peligro de que el ciclo de injuria-retribución no se resuelva hasta convertirse en una disputa grave y a gran escala. Pero en las sociedades primitivas la gente parece darse cuenta de que esto constituye un gran peligro para todos y el esfuerzo por prevenir la amenaza es mayor. De todas maneras, la venganza que puede convertirse en enfrentamiento entre grupos enemistados rara vez termina en batalla campal o en hecho sangriento.

El cabecilla en las sociedades sin poder punitivo, a diferencia de cualquier figura de autoridad moderna, ejerce su función carente de poder e incapaz de exigir obediencia. Pero esta carencia distintiva es reemplazada por su capacidad para hablar con más claridad que el resto, y son escuchados con una mayor deferencia de lo normal. Sólo pueden persuadir, nunca imponer su voluntad. Cuando Richard Lee preguntó a los *kung*...

³³ HARRIS, M., ob. cit., p. 54.

³⁴ SERVICE, E., ob. cit., p. 65 y ss.

si tenían "cabecillas" en el sentido de un poderoso jefe, éstos le dijeron que "por supuesto que los tenemos! De hecho, todos somos cabecillas (...)" cada uno de nosotros es cabecilla de sí mismo"³⁵.

En la sociedad *semai* de Malasia, horticultores igualitarios (estudiados por Robert Dentan), el cabecilla mantiene la paz mediante la conciliación, "debe ser respetado, de lo contrario la gente se alejará de él o gradualmente dejará de prestarle atención, es más un portavoz de la opinión pública que un moldeador de ella"³⁶. Lo mismo ocurre en la jefatura *mehinacu* que conoció Thomas Gregor. Se espera de su jefe que destaque en oratoria. Cada tarde debe situarse en el centro de la plaza y exhortar a sus compañeros de tribu a ser buenos ciudadanos. Además de orador diestro se espera del jefe que sea un hombre generoso³⁷. En las situaciones difíciles el cabecilla *kapauku* (estudiado por Leopold Pospisil), cuando los principales no están dispuestos a obedecer se vuelve emocional y empieza a proferir reproches; puede llegar hasta la danza de la furia o cambiar de táctica y llorar amargamente. Algunas autoridades son tan habilidosas en este arte de la persuasión que pueden hasta verter lágrimas sinceras que casi siempre rompen la resistencia de la parte rebelde³⁸. Entre los *nuer* el jefe *piel de leopardo* tampoco puede dar órdenes y la sola sospecha de una intención de obligar pondría furioso a cualquiera. Nadie en el pueblo se somete a ninguna autoridad que colisione con sus propios intereses y no se considera vinculado a nadie. Pero frente a un homicidio, por ejemplo, el jefe ofrece su casa como santuario para el culpable. La mediación es su función principal en estos casos. A la familia de la víctima se deberá pagar cuarenta cabezas de ganado o más, que servirán para "comprar" una esposa cuyos hijos llenarán el vacío dejado por la muerte. Están obligados a rechazar la oferta y exigir venganza. En la trama interviene la parentela para presionar por el arreglo

³⁵ HARRIS, M., ob. cit., p. 458.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, p. 459.

³⁸ *Ibid.*

y en este esfuerzo opera el jefe. Con su palabra emotiva y convincente, la determinación de impedir la venganza de sangre está asegurada.

Cuando en la sociedad primitiva el agravio es irreparable, no lo es porque sea atroz o porque provoca indignación general, ni porque la comunidad se sienta agraviada. Su calificación como delito contra la sociedad indicará solamente una desobediencia a la autoridad, un prototipo de crimen de *lesa majestad*. No es la magnitud de la falta lo que hace esta distinción, porque en ese sentido el homicidio de uno de los miembros de la comunidad es irreparable, mientras que un insulto al jefe parece en comparación insignificante. Sólo como hipótesis el *kingolle* se reservaba para castigar aquel tipo de faltas que, según la creencia, contaminarían a los vecinos del ofensor, en tanto los sujetos impopulares por sus fechorías eran condenados al ostracismo de un modo más informal³⁹. En cuanto a los *ganda*, existen descripciones que ofrecen gran cantidad de datos sobre brutales castigos físicos⁴⁰. Pero aun el adulterio con la mujer del jefe podía compensarse con una indemnización. También entre los salvajes, cuando fue el caso, el poder punitivo sirvió como poderosa fuente extorsiva de enriquecimiento. Los nobles *anuak* se atribuyen el derecho a embargar los bienes de la gente común en castigo por ofensas que hoy consideraríamos leves y a utilizar su guardia de *paniagudos* para saquear a quien haya lesionado a otro de sus súbditos por considerarse una ofensa contra él mismo. Pero, quizás, lo más importante para destacar en el origen de las ofensas irreparables es el sentido de tutela del orden o de dios, que está detrás de todo castigo por delitos contra la comunidad. En estos casos ya no se puede hablar de indemnización⁴¹.

En este punto debe llamarse la atención sobre el sentimiento de horror ante la venganza salvaje, que despertaron relatos de cronistas alimentando una fantasía que sirvió de material para la filosofía política clásica sobre la base de la idea de una violencia anárquica que impide el progreso

³⁹ MAIR, L., ob. cit., p. 150.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, p. 151.

civilizatorio. Por el diario personal del explorador John Speke, se conoce su testimonio directo de prácticas punitivas aberrantes del *Kabala* entre los *ganda*⁴². Su despotismo sanguinario sirvió al imperio británico para hacer propaganda contra la barbarie y el salvajismo, y de lo ventajoso que resultaría para los africanos pasarse al bando de la máquina de vapor. El reparto de África tuvo como telón de fondo la atribución de una inferioridad humana en el que la idea de brutalidad primitiva cumplió un papel destacado para justificar tanto la matanza como la tutela colonialista.

En las crónicas de aventureros y descubridores abundan relatos de crueldades padecidas por quienes desafían o desagradan al soberano, quien, según las descripciones, actúa poseído por el capricho y la desmesura. Sin embargo, la etnología de la segunda mitad del siglo XX pudo demostrar, para beneficio de la verdad, que los salvajes jamás ahorcaron a un reo cargado de cadenas, como se hace con los acusados de *lesa majestad* en la Inglaterra de los Tudor, que habría de calificar a sus magistrados como "jueces ahorcadores". La nueva antropología levantada contra la etnología de cronistas y misioneros tiene por seguro el lugar marginal que ocupaba el castigo físico en los pueblos con gobierno mínimo o inexistente. Por ello, se les planteó por primera vez indagar el origen del derecho penal en el nacimiento del concepto de tutela de la comunidad, donde los crímenes se pagan con aflicciones físicas porque la ofensa afecra la validez y eficacia de la autoridad soberana. En las comunidades políticas con gobierno mínimo no hay crímenes en el sentido moderno, no hay agravio, en general, que no se incluya en el sistema de reparación-estado de venganza, con la sola excepción del *kingolle* y el sacrificio. Puede decirse que el origen del derecho penal está en la generalización de estas dos instituciones primitivas, pues en ambos casos toda la sociedad se considera afectada, y el soberano o la ley, en su representación, responden con poder punitivo.

⁴² SPEKE, J., *Journal of the Discovery of the source of the Nile*, 1864, citado en MAIR, L., ob. cit., p. 137.

En la sociedad igualitaria de acuerdos mutuos, sin enemigos internos, el *buen salvaje* no existe. Viejos y jóvenes, enfermos y sanos, hombres y mujeres quieren lo que no tienen o no pueden tener, y es común que ello desemboque en confrontaciones perturbadoras. El deseo es fuente de malestar porque siempre lo social importa una restricción, especialmente la prohibición del incesto y su reverso obligatorio, la exogamia. En cambio, lo punitivo parece provenir de ese *plus* de malestar que inaugura la sociedad estratificada y la razón instrumental. Por ello, el materialismo cultural antropológico señala que existen marcadas diferencias cualitativas y cuantitativas entre los tipos de intereses contrapuestos hallados en las sociedades igualitarias confrontadas con las sociedades con Estado. Ese *plus* de malestar se desencadena en el pasaje de sociedades con conflicto a sociedades de conflicto. Las sociedades con conflicto carecen de reyes, reinas, dictadores, presidentes, servicios secretos, policías, cárceles o campos de concentración, jueces y fiscales. La sociedad de conflicto requiere instituciones que organicen violencia y, paradójicamente, una inmensa legislación nacional e internacional para castigar el abuso y la matanza estatal, al inventar una figura desconocida para el mundo salvaje: el enemigo interno, muy diferente al infractor, incluso al recalitrante de la sociedad primitiva. La igualdad en el acceso a los recursos y medio de vida hace la diferencia; la regla del intercambio y reciprocidad evita que unos pocos puedan acaparar alimentos, bienes y mujeres, bienestar y seguridad, mientras la mayoría vive entre graves privaciones materiales y subjetivas. En la sociedad salvaje no se conocen restricciones y nadie podría establecerlas para el libre acceso a ríos, lagos, playas, al suelo, plantas y animales. "Comunismo primitivo" o "propiedad colectiva" de medios de vida son los términos que definen la relación del hombre con la naturaleza y del hombre con el hombre en el mundo primitivo. Una familia podía considerar la tierra como suya, pero esta relación social no podía limitar el uso de otros y por lo que hace a los bienes personales no podía faltar el consentimiento de su "propietario". Es remota la posibilidad de que el hurto o la apropiación indebida de bienes personales provoquen graves conflictos, porque, pese a que fueron calificadas como sociedades de mera subsistencia, la característica con la que la distinguieron

nuevas investigaciones es la abundancia y el ocio relativos, comparados con la miseria que produce la sociedad moderna⁴³.

No faltan en estas sociedades especialistas para el castigo, cuyo talento radica en la palabra para movilizar la opinión pública a favor del arreglo y la pacificación, pero también a condición de encontrar un individuo vulnerable y despreciado al que *hacer sufrir*. Se trata de una institución que se ampliará en la civilización con la rapidez de una pandemia. Frente al desastre natural o social, la muerte, la enfermedad o el infortunio, la tarea del *chamán* consiste en identificar culpables. El pueblo exige venganza y al criminal se le tiende una emboscada y se le mata. La acusación es de brujería, igual al modo en que se practicó la matanza de herejes y mujeres en la Edad Media. El individuo acusado es "inocente" de brujería, pero es culpable de otras cosas. No se hace culpable a cualquiera. En esto el *chamán* se juega su vida porque si el fin es preservar el sentimiento de unidad de la sociedad frente a la desgracia, no podía señalar con el dedo a un hombre o mujer de prestigio. En general el hombre acusado de hechicería como el criminal moderno es alguien que cumple varios requisitos⁴⁴. En 1966 la antropóloga Gertrude Dole, para el caso de la sociedad igualitaria *kuikuro* de Brasil, señala que el acusado es responsable de viejas disputas y peleas dentro de la aldea, cambio de residencia, motivación para hacer daño y un débil apoyo del grupo de parentesco, es decir, todas condiciones de vulnerabilidad que lo convierten en un blanco fácil del escarmiento⁴⁵. Estos incidentes violentos pero marginales convencen a todo el mundo de la importancia en ser amable, cordial, generoso y dispuesto a cooperar. La norma de ser amable disuade a los individuos de acusarse mutuamente de delitos. Hay una observación más general a tener en cuenta que ya no está en discusión: la incidencia de las acusaciones

⁴³ HARRIS, M., ob. cit., p. 451.

⁴⁴ Sobre los estereotipos de persecución, especialmente, GIRARD, R., *El chivo expiatorio*, ob. cit., p. 21 y ss.

⁴⁵ DOLE, G., "Anarchy without chaos: alternatives to political authority among the *kuikuro*", en SWARTZ, M.; TURNER, V. W. y TUDEN, A. (comp.), *Political authority*, Chicago, 1966, pp. 73-78, citado en HARRIS, M., ob. cit., p. 455.

de brujería varían de acuerdo con la disensión y frustración existentes en la comunidad⁴⁶. Sin embargo la elección del culpable nunca es azarosa ni impensada. Si hay abuso y el *chamán* persiste en cometer errores, será condenado al ostracismo o asesinado⁴⁷.

Sobre el abuso de poder es relevante el estudio sobre la brujería y la antibrujería en la política *tiv*⁴⁸. En el verano de 1939 la administración británica y la vida en el país de los *tiv* se paralizaron a causa de un culto que llamaron "carne", con profetas que se enriquecían protegiendo a la comunidad de agentes que tenían poderes psíquicos sobre otros (*tsav*). Para los *tiv* los hombres con *tsav*, con poder, son líderes de la sociedad *tiv*, naturales y necesarios, incluso con poder de matar y consumir carne. Sin embargo, los *tiv* no reconocen jefes ni jueces ni ningún tipo de autoridad, y el culto nace para protección contra la autoridad británica, como práctica antiautoritaria. En aquel año la vida pareció desintegrarse. Paul Bohannan lo explica de esta manera:

... si revisamos la situación en términos generales, podemos ver que cualquiera que alcance entre los *tiv* un gran poder obviamente se convertirá en *tsav*; en la medida en que utilice ese poder de un modo que podríamos llamar constitucional, se le reconoce un *tsav real*, pero en el momento en que empieza a sobrepasar los límites de su poder se convierte en un *tsav falsificado*. Entonces, los *tiv* consideran necesario tomar medidas contra el abuso de poder. A los hombres que han adquirido un poder demasiado grande o que lo ejercen con negligencia se les disminuye ese poder con acusaciones de brujería. El movimiento "nyambua" fue una acción política por recelo ante el poder para preservar el igualitarismo.

⁴⁶ HARRIS, M., "La gran locura de las brujas", en *Vacas, cerdos, guerras y brujas*, ob. cit., p. 242 y ss.

⁴⁷ HARRIS, M., *Introducción a la antropología general*, ob. cit., p. 456.

⁴⁸ BOHANNAN, P., "Acontecimientos extra-procesuales en las instituciones políticas *tiv*", en LLOBERA, J. R. (comp.), *Antropología Política*, ob. cit., p. 199 y ss.

4. Pena pública y división social

Toda doctrina, para que lo sea, tiene que contar con una gran dosis de obstinación frente a la realidad. En la época en que el estudio del universo jurídico se consolidaba como ciencia del espíritu, nacía otro saber, la antropología, que como inteligentemente observó el antropólogo inglés Michael Smith fue una reacción empírica a las ficciones de la filosofía política⁴⁹. Aunque no se puede asegurar que haya sido exactamente así, de cualquier manera los dogmas del derecho penal reciben una gran sacudida. Con el descubrimiento de formas sociales de vida que ante el conflicto interno emplean normas de intercambio y reparación, en las que el castigo es excepcional, queda demostrado que el castigo no es condición para que la sociedad sea posible, lo que constituye una herida irreparable para el dogma penal. Durante más de cinco mil años juristas de toda época, tanto los clásicos griegos y romanos como los modernos, habían considerado el origen de la sociedad como algo inseparable de la autoridad, en el marco de fantasías y ficciones tales como "estado de naturaleza" y "contrato social". La sociedad se identifica con el orden punitivo y la antropología descubre sociedades acéfalas con un tipo de jefes y autoridades que carecen de poder para dar órdenes. Un verdadero contrasentido para la filosofía y el derecho moderno. Sociedades sin autoridad que no implosionan en la matanza recíproca con la que aterroriza la doctrina penal.

¿Hay un origen para el desarrollo del absolutismo aborigen? Una hipótesis es que la autoridad para la caza o la guerra de breve duración se hizo permanente en los asuntos internos para mantener la ley y el orden, con auxilio de una fuerza policial y de la asociación entre jefe y divinidad. Pero parece unánime la opinión de que los únicos estados originales son aquellos que aparecen en los valles de los grandes ríos de Asia y África, y en uno o dos desarrollos comparables en el hemisferio occidental; el resto de los estados se habrían desarrollado dependiendo de presiones directas

⁴⁹ SMITH, M., "El estudio antropológico de la política", en LLOBERA, J. R. (comp.), *Antropología Política*, ob. cit., p. 7.

o indirectas de los estados existentes. En cualquiera de estos casos, señala Morton Fried, la sociedad entera entra por necesidad en un nivel nuevo de organización sociocultural de manera lenta, inconsciente e inevitable⁵⁰. Antes que puedan darse cuenta de los cambios y su significación, la población se encuentra en un tipo de sociedad diferente.

No es improbable que el paso de una sociedad igualitaria a una jerárquica se deba esencialmente a la sustitución de una economía dominada por la reciprocidad a otra dominada por la redistribución, capitaneada por un poder con capacidad para hacer cumplir órdenes. Pero, cualquiera haya sido la causa de esta mutación, la nueva organización demuestra ampliamente la superioridad sobre sistemas de reciprocidad simples. Es un cambio revolucionario en el que todavía se vive, pero a la vez supone una mayoría de población ligada con la autoridad por la obligación de soportar sufrimiento, y con evidentes impedimentos para acceder a recursos fundamentales para la vida. Con la entrada en la sociedad estratificada el hombre penetra en una vida social completamente nueva, signada por un umbral de malestar desconocido por los salvajes. Si se trata de una sociedad con autoridad punitiva de policías, jueces, fiscales, cárceles, instrumentos de tormento, en fin, con instituciones profesionales destinadas al sufrimiento por cualquier tipo de infracciones, ella es resultado de un conflicto interno estructural y permanente que colorea todas las relaciones sociales. Estratificación, Estado, explotación y pena sustituyen al sistema de intercambio recíproco, igualdad y reparación. Lo que resulta asombroso es que la humanidad parece haberse deslizado, sin saberlo o eligiéndolo, siempre por un mal menor ante otro mayor inmediato que la acecha. En todo caso, esta nueva situación es resultado del fracaso de esa política salvaje para prohibir la diferencia y la autoridad punitiva del jefe. El problema es enorme siquiera para intentar abarcar un panorama completo de esta discusión que alcanza a la historia, la arqueología y la antropología. De todos modos es importante detenerse en el aspecto no evolutivo del cambio.

⁵⁰ FRIED, M., "Sobre la evolución de la estratificación y el Estado", en LLOBERA, J. R. (comp.), *Antropología Política*, ob. cit., p. 133 y ss.

Las condiciones socio-ecológicas no son generalizables para la emergencia del salto civilizatorio. La mayoría de las sociedades igualitarias no siguieron este camino. La estratificación social puede tener un origen fortuito⁵¹, lo que no significa que sea accidental su pesadez y persistencia. El número de estados originarios donde aparece por primera vez poder punitivo organizado y permanente es sumamente limitado: cuatro en el viejo mundo y dos en el nuevo. El área del Éufrates y el Tigris, la región del bajo Nilo, la cuenca del Indo y el curso medio del Huang-ho, donde se unen con el Han, el Wei y el Fen; por último, las áreas separadas de Perú y Bolivia y Mesoamérica. Grecia y Roma son estados secundarios.

El pacífico sur y este presenta un contraste de mucho interés para el tema: Melanesia (Nueva Guinea, las Salomón, las Bismark) y Polinesia (Nueva Zelanda, Hawái, Tahití). A diferencia del primer grupo, este último desarrolla elaboradas formas de jerarquías sociales y jefaturas, especialmente en Tonga y Hawái, que evolucionaron por la presión externa europea del siglo XIX en verdaderos estados. El "gran hombre" tenía capacidad para hacerse obedecer a través de un séquito, pero sólo en Polinesia las barreras internas se rompieron a favor de la autoridad permanente. No eran como los grandes melanesios "pescadores de hombres" que tenían que dominar la oratoria. Un jefe supremo polinesio, en cambio, era obedecido en la medida que mantenía contento a su pueblo; la gente no abandonaba a su rey mientras creían que había alimento en su almacén⁵². Un alto jefe hawaiano o tahitiano tenía más sanciones compulsivas que la simple arenga. Controlaba una fuerza física organizada, un cuerpo armado que le proporcionaba dominio sobre las capas más bajas de una comunidad estratificada como "padre del pueblo". En cualquier caso, como dice Marshall Sahlins, una jefatura bien desarrollada crea en su interior la resbaladiza paradoja de almacenar rebelión cuanto más acopia autoridad⁵³.

⁵¹ Sobre esta conclusión, v. MANN, M., *Las fuentes del poder social*, I, ob. cit., p. 106 y ss.

⁵² HARRIS, M., *Introducción...*, ob. cit., p. 491.

⁵³ SAHLINS, M., "Hombre pobre, hombre rico, gran hombre, jefe: tipos políticos en Melanesia y Polinesia", en LLOBERA, J. R. (comp.), *Antropología Política*, ob. cit., p. 282.

Entre los *sivai* de Bougainville de las islas Salomón, estudiados por Douglas Oliver en 1955, el gran hombre es llamado *mumi*. No tiene, como en las sociedades igualitarias, poder para coaccionar y para que se hagan cumplir sus órdenes. Tampoco, como en las sociedades estratificadas, su nivel de vida en bienestar y seguridad está por encima del resto, pero en tiempos de guerra podía tener bajo su dominio prisioneros y castigar al que lo difamara. Para lograr esta posición debe desafiar a otros en su capacidad para distribuir en festines, carne, mujeres y otros bienes. La jefatura se adquiere y revalida como deudor del pueblo que se salda con repetidas donaciones y generosas redistribuciones. Pero en este sistema los jefes se elevan por encima del pueblo y, aunque no puedan obligar, tienen poder para castigar, porque están rodeados por una patota punitiva⁵⁴. A cien millas de distancia, los jefes supremos de las islas Trobriand, entre los que vivió Malinowski, heredan su cargo y gobiernan una sociedad desigual a condición de encumbrarse como "gran proveedor", y en esto radicaba la fuente de su poder. Aunque temidos por su pueblo, su condición de deudor de alimentos y festines los separa de la autoridad estatal y del poder punitivo⁵⁵.

5. Fracaso del antihobbes salvaje

Entre las instituciones que en la sociedad salvaje se oponen a la constitución del poder primitivo, que aquí interesan, están la función desgraciada del jefe, la guerra y el sacrificio real. La fatalidad de la jefatura está asociada principalmente a la función en la guerra. Se hace la guerra contra el enemigo para mantener la sociedad indivisa. La guerra siempre es exterior para mantener la cohesión interna de los iguales e impedir el surgimiento del Estado. Sea como fracaso

⁵⁴ HARRIS, M., ob. cit., p. 480.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 483.

del intercambio⁵⁶, o para hacer aliados e intercambiar⁵⁷, en cualquier caso, requería de una autoridad provisoria y excepcional, una jefatura basada en el prestigio. Así se inviste a un individuo de una autoridad muy particular, la del jefe deudor de hazañas para su pueblo. En este paradójal intercambio de privilegio y deber, el jefe se juega la vida en su obligación por preservar la de su pueblo. Aun así, en estos casos excepcionales de autoridad el jefe guerrero nunca está en condiciones de imponer su voluntad, de hacer valer una orden que sabe de antemano que nadie obedecerá. Las mismas crónicas de viajeros, misioneros y etnólogos señalan, en unanimidad, que el jefe guerrero no puede imponer a la comunidad deseos personales de guerra, a riesgo de quedar aislado y abandonado, como le pasó a famoso Jerónimo. Al jefe que quiere hacer de jefe se le vuelve la espalda⁵⁸.

Sin embargo, existieron sociedades primitivas donde la actividad guerrera está sobredeterminada y una minoría de hombres la hace constantemente. Pero tampoco en estos casos la sociedad permanece indiferente al activismo guerrero. El jefe es celebrado junto a sus hazañas, como entre los *hurones*, *iroqueses*, *cheyennes*, *sioux* y *apaches*. Lo mismo ocurre entre los indios del Chaco, *guaraníes*, *abipones*, *mocovíes*, *guaicurú*, *chulupí*. La guerra entres ellos es la actividad más importante y es la ocupación de una parte de los hombres. Los cronistas los compararon con una nobleza, por el hecho de que las tribus comen gracias al botín que proporciona la guerra⁵⁹. Los beneficios del pillaje eran mejores que los de la paz (caballos, prisioneros, mujeres y niños). Pero esta superioridad guerrera no podía exceder la esfera del prestigio. En caso contrario

⁵⁶ Cfr. LÉVI-STRAUSS, C., *Guerre et commerce chez les Indiens de L'Amérique du Sud*, Renaissance, vol. 1, New York, 1943, citado en CLASTRES, P., *Investigaciones...*, ob. cit., p. 194 y ss.

⁵⁷ CLASTRES, P., "Arqueología de la violencia: la guerra en la sociedad primitiva", en *Investigaciones...*, ob. cit., p. 211.

⁵⁸ CLASTRES, P., "La desgracia del guerrero salvaje", en *Investigaciones...*, ob. cit., p. 220.

⁵⁹ *Ibid.*, 226.

se activaba un procedimiento para mantener a los guerreros alejados del poder. ¿Cuál era este mecanismo? El del prestigio que la sociedad concede o retira. El guerrero no puede pensarse como tal si la sociedad no lo acepta. En el juego entre sociedad y guerrero sólo la tribu detenta el dominio de las reglas⁶⁰. Los guerreros ejercían el monopolio de la violencia legítima sobre enemigos exteriores. Siempre existía el peligro de que el guerrero pretendiera la posición de lo que en la sociedad civilizada se conoce como soberanía, especialmente cuando la sociedad se hace dependiente de los beneficios del botín de guerra, del guerrero como proveedor de seguridad y alimento. Pero el límite que la sociedad le pone como amenaza de poder punitivo es exigirle una gloria permanente, porque en las sociedades igualitarias el prestigio no se hereda con un nombre o linaje. El guerrero, en su deseo de reconocimiento, que siempre importa un estatus y un privilegio, está condenado a las hazañas permanentes. Prisionero de esta lógica normativa, siempre quiere un poco más. Dominado por la sociedad, el guerrero está condenado a su muerte⁶¹. Organizar expediciones sin cesar para acrecentar prestigio lo ponen en situaciones temerarias. Como el héroe griego Aquiles, el jefe se debe a la gloria, aunque en ello pierda la vida. No hay reposo del guerrero en la sociedad salvaje. Se sabe que entre los *tupí-guaraní* un prisionero de guerra capturado dejaba de pertenecer a su tribu, quedaba sometido a su destino⁶². La huida tampoco se perdona, porque se la considera un crimen. Capturado, deja de existir; la sociedad a la que pertenece lo abandona. Buscando la gloria encuentra la muerte. Bajo estas reglas el guerrero salvaje está condenado de antemano y la sociedad pone límite a una potencial amenaza punitiva.

El esfuerzo salvaje contra el nacimiento del poder punitivo también puede encontrarse en la conocida obra del Frazer *La rama dorada*. Allí describe al que denomina *jefe a plazo fijo*, que es elegido para ser

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 238-239.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 242-245.

⁶² METRAUX, A., "La antropofagia ritual de los tupinambá", en *Antropofagia y cultura*, ob. cit., p. 11.

ritualmente asesinado. La jefatura real no puede ser para siempre⁶³. En la realeza sagrada en África *bantú*, el rey tarde o temprano tiene que ser eliminado; su declinación física o sexual pone en peligro la existencia de la sociedad. La aproximación con la lógica del sacrificio es clara. Como los soberanos de Leré que deben morir para que la sociedad viva⁶⁴.

Cuando la sociedad deja de ser acreedora de las funciones del jefe se produce lo que Luc de Heusch denomina *la inversión de la deuda*, punto de partida para el nacimiento del Estado⁶⁵, a partir de la cual la política no pudo ser pensada sin coerción, ni la sociedad sin órdenes ni súbditos. Mientras los hombres vivan sin poder coercitivo común que provea confianza de que no serán agredidos, se encuentran todos en condición de guerra de todos contra todos, en estado de antisociedad. Para que exista poder punitivo tiene que haber un estado permanente de guerra interna. En esta inversión de la deuda el devorador de hombres es también el que alimenta a los devorados, aunque siempre la división social entre mando y súbdito se justificó en el mal menor, en esta transacción voluntaria que de La Boétie llamó "servidumbre voluntaria" y Clastres "fatalidad", "accidente trágico", "mala suerte inaugural", cuyos efectos no cesan de amplificarse al punto de borrar la memoria de lo anterior, al punto de que el amor por la servidumbre sustituye al deseo de libertad. Ello ocurre bajo presión de que algo debe perderse —por lo general demasiado— para encontrar protección y bienestar.

6. Guerra

La guerra de todos contra todos es una ficción, pero no lo es la guerra entre pueblos o entre tribus de un mismo pueblo. Siempre podrán

⁶³ FRAZER, J., ob. cit., p. 323 y ss.

⁶⁴ ADLER, A., "La guerra y el Estado primitivo", ob. cit., p. 169.

⁶⁵ DE HEUSCH, L., "La inversión de la deuda (proposiciones acerca de las realezas sagradas africanas)", ob. cit., p. 95 y ss.

hacerse comparaciones entre la guerra y lo punitivo, pero sólo al nivel de la irracionalidad de los discursos de justificación. Que el poder punitivo afecte siempre población indefensa, no obstante, es una diferencia notoria a tener en cuenta. Hay una tendencia en la etnografía, al menos posterior a la segunda mitad del siglo XX, a considerar inexistente la guerra entre los primitivos⁶⁶. La guerra no figuraría en la vida social de los salvajes. Sin embargo, fue determinante en las observaciones y crónicas de los descubridores, exploradores y misioneros. Para ellos el estado de naturaleza salvaje era una guerra permanente. Los primitivos son seres para la guerra, son no sociedades por ser eminentemente violentas. Las disposiciones agresivas de los salvajes son severamente juzgadas casi sin excepción, especialmente en la literatura penal. El predominio de la guerra entre los salvajes fue lo primero que llamó la atención de los teóricos de la política, especialmente a Hobbes, quien veía en ella la confirmación de su teoría. La ausencia del Estado permite la generalización de la guerra y vuelve imposible la institucionalización de la sociedad. Mundo salvaje es igual a guerra. En la vida de los salvajes y los bárbaros los acontecimientos predominantes son las guerras.

Puede parecer asombroso, pero Clastres comparte la misma opinión y se pregunta por el silencio de la etnología reciente sobre la guerra entre los primitivos⁶⁷; lo que se explicaría en que ya no existen sociedades primitivas absolutamente libres sin contacto con el mundo de los blancos. Los etnólogos ya no tienen la ocasión de observar sociedades lo suficientemente aisladas como para que el juego de fuerzas tradicionales que las define y sostiene pueda tener libre curso. Si la etnología no habla de la guerra, es porque cuando se convierten en objeto de estudio ya han entrado en la vía de la dislocación, destrucción y muerte. Esa universalidad de la guerra primitiva se convirtió en un pacifismo forzado como

⁶⁶ CLASTRES, P., "Arqueología de la violencia: la guerra en la sociedad punitiva", en ABENSOUR, M. (ed.), *El espíritu de las leyes salvajes*, ob. cit., p. 183 y ss. Sobre el punto de vista de Clastres, DELEUZE G. y GUATTARI, F., *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, ob. cit., p. 364 y ss.

⁶⁷ *Ibid.*

resultado de la conquista y la civilización etnocéntrica. Según Clastres, existen tres discursos antropológicos sobre la guerra: el naturalista, el economicista y un último vinculado al intercambio⁶⁸.

El primero estaría representado por la idea sobre un comportamiento agresivo que pertenece a la realidad humana desde principio de la hominización. La violencia es un dato natural y, por lo tanto, un medio de subsistencia inscripto en el organismo para sobrevivir. En este análisis se establece una correlación entre caza y la guerra. Así, se disuelve lo sociológico en lo biológico⁶⁹. El paradigma economicista, en cambio, se funda en la idea de la escasez primitiva. El conflicto armado es el resultado de falta de alimento, recursos suficientes para todos. Finalmente, para el discurso del intercambio, que es la hipótesis de Lévi-Strauss, los intercambios económicos representan guerras potenciales resueltas pacíficamente y las guerras, resultado de transacciones desgraciadas, es decir, lo opuesto a Hobbes: la sociedad primitiva vive del intercambio de todos contra todos. Todas estas explicaciones, según Clastres, ocultan la universalidad de la guerra primitiva. La guerra, para él, es la condición de posibilidad del ser salvaje, de conservar autonomía y libertad.

[La sociedad primitiva] no puede consentir la paz generalizada que aliene su libertad y no puede abandonarse a la guerra general que anule su igualdad. Entre los salvajes no es posible ser el amigo de todos ni el enemigo de todos. El ser social primitivo tiene necesidad, a la vez, de intercambio y de guerra. Por la voluntad de independencia política y el dominio exclusivo de su territorio, la posibilidad de la guerra está inmediatamente inscripta en el funcionamiento de estas sociedades.⁷⁰

Esta conclusión, que puede parecer tajante, se contrapone a la de Hobbes, porque para éste la guerra impedía el intercambio y por ende

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid., p. 188.

⁷⁰ Ibid., p. 207.

la sociedad. Para el antropólogo francés, en cambio, el estado de guerra tiene el fin de preservar autonomía, motiva alianzas y, por tanto, favorece el intercambio de bienes y fundamentalmente de mujeres. La guerra es política exterior que mantiene unidad interior, igualdad y autonomía⁷¹. Por eso a la guerra se la hace figurar como otra de las instituciones salvajes que impide la emergencia de la soberanía punitiva.

⁷¹ CLASTRES, P., "Arqueología de la violencia...", ob. cit., p. 211.

1. Aviso de incendio

Faltaba el tercer proceso de domesticación civilizatoria, el de mujeres y hombres, para que irrumpiera la vulnerabilidad social en una escala jamás conocida y con ello la generalización de la solución sacrificial sobre grupos enteros de población. Entre los factores infraestructurales y políticos mejor estudiados para indicar el pasaje a una sociedad de castigo, se señalan la producción de excedentes alimentarios, crecimiento demográfico y circunscripción. Esto último interesa especialmente¹ ya que es un concepto que alude a la encrucijada para grupos humanos enteros en someterse voluntariamente a jefaturas desarrolladas que dirigen modos de producción altamente productivos, o emigrar y disminuir considerablemente el nivel de vida y de seguridad. Alternativa real o imaginaria. En esta situación las facciones de miembros descontentos con una jefatura no pueden escapar de los señores de la elite sin padecer penalidades más graves.

Cuanto mayor es el excedente alimentario y la densidad de población circunscripta, también será mayor la capacidad de las elites para mantener trabajadores especializados en diferentes formas de subordinación y estratificación. En este contexto las tensiones aumentan cuantitativa y cualitativamente. La domesticación de plantas y animales que hizo posible la civilización también abrió las puertas para un proceso irreversible de agravamiento de la vulnerabilidad humana frente a la nueva figura de la autoridad, que se rodeó de las instituciones que hacen al monopolio de la violencia, guardia de palacio, jueces, códigos penales y un ejército y policía permanentes para la guerra exterior e interior. Esto

¹ MANN, M., ob. cit., p. 114 y ss.

ocurre porque las contribuciones dejan de ser gradualmente voluntarias para convertirse en trabajo forzado campesino y en impuestos. El acceso libre a los medios de vida se pierde y los jefes distribuidores se convierten en reyes y las jefaturas se hacen Estados. En este pasaje de la autonomía política a la subordinación humana, nace la norma jurídica penal como regla imperativa de determinación motivacional.

Este proceso se origina azarosamente en unos pocos lugares. Lejos de cualquier idea evolutiva, se intensifica y expande con la conquista y la emergencia de imperios con amplios territorios habitados por millones de personas en una dinámica globalizadora que no tiene pausa, donde cada cambio sucesivo incrementa o amplifica la tendencia hacia la formación de sistemas de coacción punitiva y manipulación psicológica que se creen naturales e inevitables como único mundo posible. Como hay elección forzada por la servidumbre en un intercambio de seguridad y bienestar por subordinación y trabajo, también hay elección en la apropiación de los medios de vida y en la centralización de los medios de violencia. Las jefaturas se hacen hereditarias porque es vía de acceso a una posición permanente de privilegio e independencia ante el infortunio y el trabajo manual, siempre desvalorizado —desde Platón a Kant— por las penurias que arrastra y como causa de embrutecimiento, cuando se tiene que vivir para trabajar. Sin embargo, el Estado es más que lo punitivo. El Estado es una invención que puede oprimir cruelmente, pero también es un formidable recurso para la cooperación. En cambio lo punitivo se reduce al uso de la crueldad para suprimir, neutralizar y hacer creer que el único camino para la paz y el bienestar es el castigo de infractores vulnerables, presentándolos como amenaza para la existencia de la sociedad humana.

Cuando se aborda el origen del Estado es imposible dejar de señalar lo que el hombre perdió con ello. Con una entonación filosófica mirando al presente los antropólogos nos recuerdan que las sociedades basadas en el intercambio recíproco y cooperativo gozan de un grado de libertades económicas y políticas del que hoy sólo disfruta una minoría privilegiada. La tierra, el agua, los vegetales y los animales son propiedad

comunal. Toda mujer y hombre tiene "derecho" a una porción igual de naturaleza y de autonomía. Todo eso fue arrasado con la aparición del Estado y significó, en muchos sentidos, el descenso del mundo de la libertad a la servidumbre y esclavitud, y a una vida gobernada por la regla del trabajo forzado para otros. El capitalismo es, entre todas las sociedades de clase, la más revolucionaria y transformadora, pero, al igual que las anteriores, también es fuente permanente de conflictos en una escala desconocida por cualquier sociedad pasada². Por ello no hay Estado sin código penal ni enemigo interno. Nunca antes se invirtió tanto esfuerzo humano en medios físicos e ideológicos para el disciplinamiento social y el castigo de infractores. La regla del intercambio recíproco cambió a regla que obliga a padecer sufrimiento, a tal punto que la sociedad contemporánea se define por su naturaleza punitiva y el siglo XX como el siglo de la "matanza estatal"³.

Es una opinión muy extendida que este pasaje de sociedad igualitaria a sociedad punitiva se da en un grupo muy particular de "casos prístinos". La transición de las jefaturas distributivas a la formación de Estados habría tenido lugar como consecuencia de un proceso inconsciente. Como dice Marvin Harris:

... los participantes de esta transformación parecen no haber sabido lo que estaban creando. Mediante cambios imperceptibles en el equilibrio redistributivo de una generación a la siguiente, la especie humana se comprometió con una forma de vida social en la cual la mayoría se degradaba en nombre de una minoría.⁴

Coincide con la opinión de Malcolm Webb cuando señala que al comienzo del extenso proceso "nadie podía prever el resultado final, el igualitarismo desaparecía gradualmente sin conciencia de la naturaleza

² La vulnerabilidad humana como condición de un buen gobierno en los inicios del capitalismo, en MANDEVILLE, B., *La fábula de las abejas o los vicios privados hacen a la prosperidad pública*, ob. cit., p. 189.

³ HOBBSAWM, E., *Historia del siglo XX*, ob. cit., p. 57.

⁴ HARRIS, M., *Reyes y caníbales*, ob. cit., p. 83 y ss.

del cambio, todo cambio parecía una alteración menor"⁵. En la caída hacia el enjaulamiento social estos cambios pudieron haberse percibido más provechosos frente a otras opciones. Una sucesión de "males menores provechosos" más o menos reales o imaginarios, más o menos conscientes o inconscientes que al final del camino se llevan por delante la arcaica sociedad salvaje. Si hoy todo este proceso es naturalizado, es únicamente por efecto del olvido y sepultamiento de la historia humana como proceso social.

Para que se produzca de modo duradero dominación y explotación pudieron haberse presentado como intercambio de servicios. Esto es lo que determinaría el consentimiento activo o pasivo. Más adelante será objeto de especial atención el beneficio a la economía psíquica que produce la ilusión de trato punitivo. Aquí basta con decir que la servidumbre punitiva que se acepta no puede dejar de analizarse como intercambio: el hombre se lanza a los brazos de un señor más poderoso en busca de alimento y protección, aunque se tenga la reserva que el soberano también es lobo del hombre, porque en el fondo en toda dominación se especula que *individualmente* no hay escapatoria.

La caída en desgracia del hombre también pudo haber sido más abrupta, a través de la guerra. La protección de los cultivos y rebaños de las amenazas de pastores merodeadores tuvo que implicar una inversión en seguridad y en poderes permanentes a favor de una autoridad⁶. La guerra se convierte en un factor decisivo para la aparición de caudillos que se hacen reyes, y de ella se habría sacado una conclusión relevante: que no sólo las plantas y animales pueden domesticarse, también los hombres pueden convertirse en recursos naturales. En lugar de matar al enemigo derrotado, se le perdona la vida y se lo hace esclavo o siervo. Sin embargo, la guerra no fue la única fuente de trabajo forzado y población subordinada. Existieron procesos menos lineales. Los miembros más vulnerables

⁵ WEBB, M., *Ancient Civilization and Trade*, Albuquerque, 1975, citado en HARRIS, M., *Reyes y caníbales*, ob. cit., p. 103.

⁶ CHILDE, G., *Los orígenes de la civilización*, ob. cit., pp. 134 y 163.

o débiles, sea porque provienen de un exilio, o escapan de la sequía, se someten voluntariamente a la servidumbre a cambio de protección y alimentos de grupos más prósperos⁷.

El papel de la guerra en la formación del estado punitivo no debe depreciarse. La coerción funciona: los que aplican una considerable fuerza sobre sus congéneres consiguen acatamiento y de dicho acatamiento derivan múltiples ventajas en dinero, bienes, deferencia y el acceso al bienestar e independencia negados a otros menos poderosos⁸. En la antigua Mesopotamia y Egipto, hacia el año 3.000 a.C., ya había surgido en cada ciudad un potentado temporal con el título de rey. Desde los primeros documentos aparecen oprimiendo a súbditos, atribuyéndose la representación del estado, por encima y aparte de la sociedad, como "excrecencia social", según la llamó Marx. No hay mejor testimonio sobre la caída a un *plus* de malestar individual y social que la que retrata un documento egipcio del Antiguo Imperio y en el que un padre compara la vida de un escriba con las penalidades de un artesano:

Escribe en tu corazón que debes evitar el trabajo duro, de cualquier tipo, y ser un magistrado de elevada reputación. El escriba está liberado de las tareas manuales, él es quien da las órdenes (...) Yo he visto al metalúrgico cumpliendo su tarea en la boca del horno con los dedos como lo de un cocodrilo. Huele peor que la hueva de pescado. Todo artesano (...) sufre más que los hombres dedicados a roturar la tierra. Cuando está libre, se afana más de lo que sus brazos pueden hacer, todavía de noche enciende la lámpara. El cantero se esfuerza por labrar las duras piedras; cuando ha hecho la mayor parte de su trabajo, sus brazos están exhaustos (...) El tejedor en su taller, lo pasa peor que una mujer, acurrucado con las rodillas en el vientre no prueba el aire fresco. Necesita dar hogazas de pan al portero para ver la luz.⁹

⁷ *Ibíd.*

⁸ TILLY, C., *Coerción, capital y los Estados europeos 990-1990*, ob. cit., p. 114.

⁹ Cfr. CHILDE, G., ob. cit., p. 229

Después de casi cinco mil años de sociedad punitiva la vida embrutecida de trabajadores pobres no es mejor. Como la describe Engels en 1845, no parece excesivo definirla como "asesinato social"¹⁰.

[En la forma de vida capitalista] el desprecio por el orden social se muestra en su forma más clara en la delincuencia. Cuando las causas que desmoralizan al obrero son más fuertes de lo acostumbrado, el obrero se vuelve delincuente con la misma fatalidad con que el agua a ochenta grados *Réaumur* se transforma del estado líquido al gaseoso. El obrero, por el brutal y brutalizante trato de la burguesía, se vuelve realmente algo sin voluntad como el agua, y está sometido igualmente a las leyes de la naturaleza, para él cesa hasta cierto punto toda libertad (...) Las noticias de los diarios ingleses son todavía peores, engaños, hurto, rapiñas, peleas de familia se acumulan; tomemos un *Times* del 12 de septiembre de 1844, que habla sólo de los hechos de un día, cuenta de un hurto, de una agresión contra la policía, de una sentencia que obliga a un padre a mantener a un hijo ilegítimo, del abandono de un niño por parte de los padres y del envenenamiento de un hombre por su mujer (...) En este país la guerra social está declarada, cada uno piensa en sí mismo y lucha para sí contra todos los demás, y si debe o no hacer daño a todos los demás, que son enemigos declarados, depende sólo de un cálculo egoísta, ya nadie se entiende en forma pacífica con sus semejantes, todas las diferencias terminan en amenazas con defensas personales en el tribunal (...) y esta guerra, como lo prueban las tablas de criminalidad, se hace cada vez más áspera, más apasionada, más implacable, la hostilidad poco a poco se divide en dos grandes campos que marchan uno contra otro, la burguesía por aquí y el proletariado por allá.¹¹

La población vulnerable al poder punitivo no ha dejado de crecer desde la desaparición de la sociedad salvaje; "domesticados" los más recalcitrantes sirvieron a la cultura dominante de chivos expiatorios a la ilusión de pacificación general de una sociedad que lleva el sello

¹⁰ ENGELS, F., *La situación de la clase obrera en Inglaterra*, ob. cit., p. 100. Igual en MARX, K., *Acerca del suicidio*, ob. cit., p. 69.

¹¹ ENGELS, F., ob. cit., p. 128.

del conflicto permanente. Pero el trato punitivo de la autoridad sobre la población no es de ningún modo un poder exteriormente impuesto a la sociedad, como algo caído del cielo, ni la realización de una idea moral. Este poder nace del seno de una sociedad que se ha escindido entre los que mandan y obedecen, que se vuelve extraño a ella y necesario a la vez para disciplinar almas, como lo entrevió Foucault¹², pero también para hacer creer que sin normas de castigo hay anarquía y venganza de todos contra todos.

Sobre el origen del poder punitivo no puede evitarse, por su riqueza de fundamentación empírica, la obra de Michael Mann, ambiciosa investigación histórica sobre la historia del poder¹³. Aunque con ella el sociólogo trate de refutar a Marx a favor de Weber, la hipótesis central que lo guía hace justicia con el materialismo histórico. Reconoce que en el desarrollo histórico mundial de las clases sociales debe partirse del dato antropológico incontestable de que el poder punitivo sólo representa el 0,6 por ciento de la experiencia humana. Como especie los seres humanos aparecieron hace millones de años y durante la mayor parte de ese tiempo vivieron en sociedades igualitarias que no institucionalizaron relaciones de clases, estratificación social y, por ende, desconocieron poder punitivo y Estado. Sólo en los últimos cinco mil años de aventura humana, lenta pero inexorablemente, la mayoría de mujeres y hombres pierden su primitiva libertad para subordinarse a algún tipo de autoridad y quedar sujetos al poder punitivo en su aspecto material y de sentido. Pero el choque con la servidumbre forzada o voluntaria no supuso ningún desarrollo lineal de la sociedad igualitaria a otra punitiva y estratificada.

La transición hacia la civilización, la estratificación y el Estado fue relativamente rara y hasta azarosa. En ello hay que contar que los seres humanos consagraron una parte importante de sus capacidades culturales y de organización igualitaria para asegurar que esta "transición" al

¹² FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, ob. cit., p. 135 y ss.

¹³ MANN, M., ob. cit., p. 93 y ss.

Estado no ocurra. Sólo aconteció en unos cuantos casos extraordinarios conocidos como "estados prístinos", porque la mayoría de las sociedades igualitarias en la que se fue diferenciando una autoridad sobre el resto de la población "involucionaron", se derrumbaron o desaparecieron en la resistencia¹⁴. Fue una característica distintiva de las sociedades igualitarias, por ello denominadas "frías" por Lévi-Strauss o "sociedades contra Estado" por Clastres. Como lo dice Mann: "En las sociedades no civilizadas era posible escaparse de la jaula social. La autoridad se confería libremente, pero era recuperable, el poder permanente y coercitivo era inalcanzable"¹⁵. El cambio daría lugar a sociedades con poder punitivo y enjaulamiento social irreversible. Aunque el aspecto por la "decisión" de una sociedad, o de una parte de ella, a producir más o a la renuncia consciente o inconscientemente a ello queda en la oscuridad. En relación con esto, dice Mann, que cuanto mayor es el excedente más deseable aparecía a los forasteros o pastores nómadas rapaces, lo que habría forzado a la defensa y a un liderazgo punitivo permanente, que en el tiempo se convierte en elite hereditaria¹⁶. Las guerras ya no son esporádicas, desorganizadas e incruentas; se hacen generales, organizadas y de una mortandad desconocida e inusual para las sociedades igualitarias. La aparición de los primeros códigos penales demuestra, también, la generalización de la guerra interna sacrificial.

¿Cómo fue que un grupo en estas sociedades adquirió autoridad sobre el resto mayoritario, subordinándolo, privándole el acceso a los medios de vida y obligándolo a sufrir castigos por conflictos que antes se reparaban? ¿Cómo pierde el pueblo su autonomía? ¿Cómo se obligó el pueblo a someterse al poder estatal punitivo? Para Mann, lo decisivo es la desigualdad social, y esto se produce cuando un grupo quiere y puede apropiarse de los medios de vida. Si esto puede hacerse, es porque hay ya en la sociedad, al menos, una estratificación suficiente cuyo éxito depende

¹⁴ Ibid., p. 100.

¹⁵ Ibid., p. 67.

¹⁶ Ibid., p. 79.

del auxilio de una fuerza punitiva desarrollada. Es una tesis que tiene puntos de contacto con la de Clastres. La respuesta al interrogante puede ser sencilla y plausible: la desigualdad se impone desde afuera mediante violencia física. El grupo A somete al grupo B y le ofrece, a cambio de la vida, un tributo, una servidumbre, quizás nada más que la esclavitud. Pero esto no habría sido universal. Para ello se vale del estudio de Lucy Mair sobre el gobierno primitivo en África oriental, donde se demuestra que en muchos casos la sumisión de poblaciones enteras no fue el resultado de un conquistador extranjero sino de una figura autoritaria con la cual el grupo sumiso ya tenía relaciones de parentesco o territoriales, en la que se cambia subordinación por protección, como ocurrió en la Edad Media europea entre población y señor, que no implicaba una expropiación extrema sino la exacción de un tributo para el protector y el séquito armado. Aun si esta historia fuera plausible, no se refiere, dice Mann, a una historia evolutiva de la estratificación social ni del Estado, porque el desarrollo no se produjo desde las sociedades igualitarias hacia las estratificadas, pasando por las de rangos, ni desde la igualdad hacia el poder estatal coercitivo¹⁷.

El desarrollo hacia la autoridad punitiva es esencialmente ciego y catastrófico, resultado de bifurcaciones repentinas e imprevistas y siempre reversibles, como observó J. Friedman para el caso de Oceanía¹⁸. Raras veces el pueblo primitivo ha cedido libertades que no pudiera recuperar, deponiendo al jefe o, en su caso, asesinandolo como un primitivo tiranicidio, y cuando ninguna de estas alternativas estaba disponible ha tenido la chance o se ha visto presionado para huir de esa esfera de poder y formar otra sociedad igualitaria, porque la jaula todavía no se había cerrado¹⁹.

¹⁷ Ibid., p. 106.

¹⁸ FRIEDMAN, J., *Catástrofe y continuidad en la evolución social*, Nueva York, 1982, citado en MANN, M., ob. cit., pp. 106-107 y ss.

¹⁹ MANN, M., ob. cit., p. 108.

¿Cuáles son las primeras experiencias de enjaulamiento punitivo? La respuesta de la antropología es unánime: sólo en seis casos independientes uno de otro surgieron, en valles fluviales en los que se practicó la agricultura aluvial, sociedades con autoridad caracterizadas por el cierre de las vías de escape. La autoridad ya no fue reversible como en el resto de la experiencia humana. La mayoría de la población se vio atrapada en determinadas relaciones sociales y territoriales caracterizadas por la obligación de trabajo para otros y de sufrir venganza sacrificial²⁰. Esas fuerzas enjaulantes son el poder político-punitivo, el ideológico, el poder económico y el poder militar. La capacidad de este tipo de sociedad para producir riquezas y dominio sobre recursos naturales es inseparable a su capacidad para generar tensiones entre la población subordinada y dominante: guerras, conflictos de todo tipo, pero especialmente los que la autoridad definirá como delito en las leyes más antiguas. En este proceso también llamado de circunscripción habrían nacido las sociedades de conflicto.

En Mesopotamia antigua se enjaulaba gente punitivamente porque coincidía con una inversión considerable de fuerza de trabajo en obras de riego para conseguir excedente alimentario. La interacción de riego y territorio llevó a dos tendencias de cercamiento, al auge de la apropiación de los medios de vida y al estado punitivo. A medida que crecía el excedente, algunas familias o aldeas con control sobre tierras regadas se retiraban de la producción y ocupaban posiciones de gobierno, subordinando jornaleros dependientes, en semilibertad y a esclavos, para colocarse finalmente en una posición de clase. En este caso, la estratificación se refuerza a lo largo de todo el final del cuarto milenio, como lo atestiguan los restos de tumbas y la arquitectura en diferenciación de riqueza. Desde el 3.000 a.C. las desigualdades entrañan ya diferencias legalmente reconocidas en cuanto a acceso a los medios de vida: familias principales, personas libres, trabajadores dependientes semilibres y esclavos. Esas diferencias de acceso a medios de vida también intensificaron una

autoridad punitiva territorialmente centralizada y el monopolio también de la producción ideológica cuyo centro fue el templo-almacén sumerio como centro ceremonial pero, también, como lugar del primer estado de la historia en manos de las familias más importantes. Las murallas de las ciudades estados de la Mesopotamia simbolizaron y materializaban la jaula del poder autoritario de los grandes reyes, como el famoso Gilgamesh, rey de Uruk o Sargón de Akkad. Así da comienzo el gran negocio de la "protección" de la historia política y del trato punitivo: o se acepta la subordinación, o se enfrenta a una violencia peor.

El enemigo interno no tiene donde huir. Fue el profesor de Columbia, Robert Carneiro, quien más ha insistido en la "circunscripción ambiental" como origen del Estado y en el carácter nada fortuito de este proceso. Para estos casos, el antropólogo norteamericano rechaza la idea de que fuera la invención de la agricultura y la producción de excedentes el motor para el despegue de la autoridad, como lo sostuvo el arqueólogo británico Gordon Childe, porque se ha demostrado en especial que sociedades indígenas del Amazonas con capacidad técnica para producir excedente no lo hicieron. Con otras pruebas de campo rechaza la tesis hidráulica que Karl Wittfogel desarrolla en *El despotismo oriental* (1954)²¹. Ésta sostiene que en ciertas zonas semiáridas del mundo pueblos enteros debieron luchar contra la naturaleza e invertir considerables esfuerzos humanos para construir obras de riego para tierras que de otra manera quedarían improductivas. Este tipo de agricultura intensiva habría determinado la creación de un cuerpo de funcionarios para la administración del riego y el monopolio de la violencia legítima de forma despótica y burocrática, especialmente en China, donde se concentró la erudición de Wittfogel. Sin embargo, al menos la prueba arqueológica posterior para tres de los seis casos prístinos (Mesopotamia, China y México) contradice la hipótesis hidráulica. En estos tres lugares la autoridad se desarrolla mucho antes de la irrigación a gran escala²².

²¹ MANN, M., ob. cit., p. 143 y ss.

²² CARNEIRO, R., ob. cit.

²⁰ El proceso de enjaulamiento se describe en CARNEIRO, R., "Una teoría del origen del Estado", ob. cit., pp. 733-738.

Asimismo, en el mundo antiguo no existió un vínculo necesario entre agricultura hidráulica y despotismo, aunque esta forma de producción de excedente ejerció una considerable influencia en la organización y subordinación de grupos humanos, pero no en la escala que imaginaba Wittfogel²³. También se pone en entredicho la idea de que el origen del Estado está en determinación unilateral con la guerra, al estilo en que lo hace Franz Oppenheimer²⁴: la capacidad productiva de agricultores sedentarios se combinó con la energía de pastores nómades a través de la conquista de los primeros por los segundos. Esta teoría deja fuera a América aborigen porque en el continente son desconocidas las sociedades de pastores nómades y en el viejo mundo aparecen después de la aparición de los Estados. Carneiro reconoce en la guerra un motor en el origen de la autoridad punitiva, pero no el único. ¿Cuáles son esas otras condiciones? Lo común a las primeras formas de autoridad punitiva que aparecieron en los valles del Nilo, Tigris y Éufrates, Indo y en los valles altos de México y costeros de Perú es que son todas áreas de tierra agrícola circumscripción, es decir, rodeada por montañas, desiertos o el mar. Estas áreas son muy diferentes a los bosques del Amazonas o las grandes llanuras de América del Norte que proporcionan tierras cultivables en forma casi ilimitada. Carneiro utiliza ejemplos contrastantes para probar la validez de su tesis de la circunscripción social. En la cuenca del Amazonas existen numerosas sociedades igualitarias que practican una agricultura migratoria, muy dispersas unas de otras. La guerra entre ellas fue frecuente, pero por motivos diferentes a la necesidad de apropiación de tierras para la producción. Los grupos derrotados no eran expulsados de los asentamientos, ni se sometía a los vencidos a alguna forma de servidumbre, esclavitud o tributación, porque no había manera de cerrar las vías de escape al interior del bosque. La guerra producía migraciones, pero no por miedo a la subordinación, sino para evitar nuevos ataques. Otros territorios del bosque se abrían tan buenos para la agricultura

²³ MANN, M., ob. cit., p. 148.

²⁴ OPPENHEIMER, F., *The State*, New York, 1975, p. 8, citado en MANN, M., ob. cit., p. 88.

como los anteriores para conservar libertad y autonomía frente a indígenas extraños.

Lo contrario ocurría en los angostos y cortos valles costeros del Perú, flanqueados por mar, desierto y altas montañas. En ningún otro lugar hay valles agrícolas más claramente circunscriptos. A medida que las aldeas crecen se ocupan otros valles hasta abarcar toda la tierra fértil para llegar al cultivo en terrazas y al riego. En la región la guerra se intensificó no para la apropiación de mujeres, ni por prestigio o venganza, sino con motivo de la apropiación de tierras. Pero las aldeas vencidas no tenían escape en ninguna dirección. Si se les permitía vivir o permanecer en su tierra, tenían que pagar el precio de la subordinación política y económica mediante un tributo al vencedor o el trabajo forzado para producir más alimentos, obras de riego, caminos, fortalezas, palacios y templos. Nace la autoridad centralizada permanente e irreversible, cuya última manifestación en la historia andina fue la sociedad inca. También nace un nuevo tipo de población vulnerable por subordinación a una clase dominante y a la emergencia de la obligación de sufrir trato punitivo. Esta teoría explica por qué los Estados surgieron cuando lo hicieron y por qué no surgieron en otros lugares, pero más que eso explica por qué una libertad perdida se vuelve irrecuperable para su población. El enjaulamiento ambiental es una rica hipótesis para el origen del trato punitivo y su difusión, aunque muy poco pueda extraerse de ella para la comprensión de la permanencia de una *circunscripción punitiva* que lleva cinco mil años. De todos modos, parece incontrovertible que una minoría dominante y organizada en el control de los medios de vida e ideológicos es irresistible en su poder de impartir obediencia frente a las masas vulnerables y desorganizadas. En este escenario de servidumbre se clausuran las vías de escape a la autoridad punitiva. La autonomía y bienestar se pierde al precio de una inferiorización por vulnerabilidad de la mayoría de la población.

Si la emergencia de la autoridad punitiva fue un accidente o no en la historia humana puede quedar en suspenso como debate abierto en la antropología y sociología. Se tiene la impresión de que el desacuerdo

es más terminológico que real, pues en general se reconoce que los seres humanos han pasado la mayor parte de su existencia escapando a la irrupción, desde el interior de la sociedad o desde el exterior, de una figura centralizada y permanente con poder de obligar al trabajo o de sufrir pena. Pero cuando la sociedad punitiva surgió en esos pocos lugares, esas mismas circunstancias de enjaulamiento social y ambiental hicieron imposible volver a la antigua condición de autonomía y libertad. "Someterse a la autoridad punitiva o sufrir un mal peor" —el mal menor provechoso— es el sello de la filosofía política clásica y la cultura penal moderna que llega hasta el presente.

El signo más notable de sociedad punitiva fue la escritura, cuyo empleo sirvió para fijar en piedra, arcilla o papiro, la apropiación de recursos naturales y humanos, como las órdenes imperativas de castigo para la población vulnerable. Narró mitos de fundación para fortalecer la autoridad, convirtiéndose en una técnica ideológica para la subordinación. Un manual sumerio tardío destaca la necesidad de disciplinar en estos términos: "Se hace especial hincapié en los látigos, los pinchos y otros instrumentos disciplinarios para mantener tanto a los jornaleros como a los animales trabajando intensa y constantemente"²⁵. Pero, como toda obra humana, también el lenguaje escrito puede desligarse del origen, especialmente cuando la organización y conciencia de la población vulnerable alcanza un grado de autoestima suficiente en el que el miedo a lo desconocido y el prejuicio desaparecen. Si la antropología o la sociología prestan suficiente atención a la organización de la violencia es por la simple razón que Estado y poder punitivo, en su origen, son una y la misma cosa: monopolio de trato cruel que se hace legítimo por fuerza de subordinar poblaciones enteras. El lema en el mito fundacional de Babilonia, *seguridad y obediencia*, fue escrito en la lanza de Marduk, hijo del Dios Ea.

²⁵ MANN, M., ob. cit., p. 229.

2. Marx y el castigo

La crítica de la antropología política al marxismo no es una crítica a Marx, porque prácticamente el autor del *El Capital* no se ocupó de las sociedades primitivas. Donde más lejos llegó con la información disponible en su época²⁶ fue al intento de describir la más arcaica forma de economía precapitalista que denominó "modo de producción asiático", cuya característica sobresaliente es la autosuficiencia y el dominio del hombre sobre sí mismo, pero nada más que como punto de partida de un progreso histórico hacia el capitalismo²⁷. En cambio, el etnomarxismo del siglo XX trasladó —mecánicamente— a la sociedad primitiva categorías de las sociedades de clase: "modo de producción", "fuerzas productivas", "relaciones sociales de producción", "ideología", incluso el concepto de "Estado". Este fallo es observado, con particular crudeza, por Clastres²⁸. El error más grosero que le atribuye a esta antropología es haber identificado el mito y la religión primitiva con la ideología al presentarse al mito primitivo como opio de los salvajes. Nada más equivocado. En Marx este concepto está identificado con todo discurso de autoridad política que se pone en movimiento únicamente en una sociedad dividida en clases, para presentar los intereses particulares como necesidades de todos, para hacer de lo particular un interés general o bien común. Pero esto ocurre únicamente en sociedades con población subordinada al poder de otros. Se transparenta en la doctrina penal cuando dogmáticamente afirma que no hay sociedad sin pena, cuando en realidad la pena sólo parece inevitable

²⁶ Cfr. MARX, K. y HOBBSAWM, E., *Formaciones económicas precapitalistas*, ob. cit., p. 23 y ss.; sobre la sociedad salvaje, prácticamente se limita a la obra de MORGAN, L., *Ancient Society*, 1887; con prólogo de Alfredo Palacio se publica en La Plata en 1935 como *La sociedad primitiva*.

²⁷ MARX, K., "Prólogo" a *Contribución a la Crítica de la economía política*, ob. cit., p. 383; MARX, K., *La ideología alemana*, ob. cit., p. 19 y ss.; *Elementos fundamentales para la crítica de la Economía Política (Grundrisse, 1857-1858)*, ob. cit., p. 26 y ss.

²⁸ CLASTRES, P., "Los marxistas y su antropología", en *Investigaciones...*, ob. cit., p. 165 y ss.

únicamente en la sociedad dividida entre los que mandan y obedecen, en un tipo particular de sociedad, la de clases, relativamente reciente.

La ideología en general y la cultura punitiva en particular son únicamente necesarias para una sociedad de conflicto y cuyo sentido es de triple velamiento. En primer lugar, al tratar al delito como causa de malestar y no como consecuencia del mismo. En segundo término, al presentar el trato punitivo sacrificial de población vulnerable como bien para que la sociedad humana sea posible, cuando en realidad el único bien lo hace para un tipo determinado de sociedad. Finalmente, el encubrimiento ideológico, más conocido por la crítica al derecho penal por efecto del fracaso del castigo en sus funciones preventivas generales (disuasión) o especiales (resocialización). Lo importante en este velamiento no es lo que la pena no hace ni jamás podrá hacer, sino lo que hace y la doctrina oculta: que la población debe resistirse a la fuerza de los datos de realidad y obstinarse en una ilusión. La sociedad salvaje no conoció discurso ideológico para el maltrato; no aparece en sus mitos. El arreglo y la regla de intercambio para los conflictos y disputas no lo hacen necesario.

La crítica más aguda que recibió el marxismo antropológico radicó, como ya se ha mencionado, en la inviabilidad de la economía "como determinación en última instancia" de la "superestructura política-jurídica" para todo tipo de sociedad, pero en especial para la salvaje. Si el modo de producción es determinante entre los primitivos, cómo explicar el hecho etnográfico incontrastable que infraestructuras materiales tan diferentes como la de cazadores-recolectores o de agricultores sedentarios o nómades en nada puedan influir sobre el carácter igualitario y sin autoridad de la sociedad primitiva. El continente americano ilustra perfectamente esta situación. De modo inverso, sociedades meso-americanas, sociedades con Estado, vivieron de una agricultura por supuesto más intensiva que las salvajes pero no muy diferente desde el punto de vista técnico; sin embargo, las superestructuras jurídicas-políticas son radicalmente diferentes²⁹.

²⁹ CLASTRES, P., "La economía primitiva", en *Investigaciones...*, ob. cit., p. 133 y ss.

La sociedad primitiva, en cambio, funciona como una "máquina anti-producción", porque la producción nunca es su objetivo³⁰. Es un sistema esencialmente hostil a la producción de excedentes: adaptado a la producción para la subsistencia, tiene tendencia a inmovilizarse cuando alcanza ese punto³¹. La producción salvaje se engendra a partir de lo político y no a la inversa, como ocurrirá en las sociedades con Estado. En otras palabras, "comunismo primitivo" no es una etapa temprana, ni precapitalista del progreso en la historia; la sociedad salvaje con su regla de intercambio entre iguales y producción para la subsistencia "militó" para que ese progreso no ocurra. Se infiere de ello que no es la economía el origen del Estado y la desigualdad forzada. La economía de apropiación forzada de trabajo ajeno es más bien consecuencia de la irrupción de una autoridad punitiva que se autoinstituye en su función de mandar sobre otros, porque esa fuerza puede forzar al salvaje al trabajo para otro, convertirlo en campesino y obligarlo a sufrir pena. Este poder de obligar punitivo está en el origen del Estado y no es económico. Sólo la decisión política puede transformar el intercambio recíproco en trabajo alienado. Por eso la "gran transformación" social se produce cuando el pueblo se convierte en deudor de otros por el solo hecho de una subordinación forzosa. Sin embargo, prestigiosos antropólogos marxistas insisten en la sobredeterminación de fuerzas y relaciones de producción para el origen del trato punitivo y el Estado. Es el caso de Claude Meillassoux, para quien tampoco las sociedades primitivas escaparían a las férreas leyes del "materialismo histórico"³². En el trabajo de Maurice Godelier puede encontrarse una descripción del funcionamiento de estas leyes. Para este antropólogo, lo que determina la transición del mundo salvaje al civilizado son las relaciones de producción entre una naciente aristocracia que se apropia, por fuerza o amenaza, del excedente producido por la población

³⁰ Sobre los problemas del materialismo histórico y la antropología, SAHLINS, M., *Cultura y razón práctica*, ob. cit., p. 129 y ss.

³¹ SAHLINS, M., *Economía de la edad de piedra*, ob. cit., p. 26.

³² MEILLASSOUX, C., *Mujeres, graneros y capitales*, ob. cit., pp. 67-77.

subordinada³³. La misma imagen positivista que define la sociedad salvaje como precapitalista es la que ve en el Estado la condición de existencia de la sociedad de clases y la política de subordinación³⁴. Alcanza con la lógica del pensamiento para señalar que nunca puede aparecer algo nuevo que fuerza a la mayoría de la población a someterse a trato punitivo si ese grupo de apropiadores y futuros gobernantes no cuentan antes con la fuerza suficiente para subordinar. No puede ser de otro modo. Es la fuerza que monopoliza un grupo (el jefe, séquito y clientes) lo que puede hacer aparecer y consolidar la diferenciación de clases de hombres y el trato punitivo para la sociedad de conflicto. En un texto posterior, Godelier matiza esta tesis a favor de la política³⁵. En síntesis, lo decisivo es la ruptura política y no el cambio económico. Si se quieren conservar conceptos de infraestructura y superestructura, habría entonces que reconocer para la sociedad salvaje que infraestructura es lo político y superestructura lo económico. El único trastorno estructural, abismal, que puede transformar la sociedad primitiva destruyéndola como tal, es el que hace surgir en su seno o del exterior la autoridad de la jerarquía, la relación de poder, el sometimiento de los hombres, el Estado.

3. Expropiación del conflicto

El código de Hammurabi y otras leyes más antiguas son el testimonio arqueológico del momento en que la historia humana conoce la expropiación de conflictos particulares, el fin de la reparación y la sanción de los primeros crímenes de "lesa majestad". El *ius puniendi* encarnará en adelante figuras de autoridad para hacerse cada vez más fuerte y centralizado, como lo comprendió Tocqueville, para el caso de la Revolución

³³ GODELIER, M., *Teoría marxista de las sociedades precapitalistas*, ob. cit., p. 154 y ss.

³⁴ HINDESS, B. y HIRST, P. Q., *Los modos de producción precapitalistas*, ob. cit., pp. 39-41.

³⁵ GODELIER, M., *Comunidad, sociedad, cultura. Tres claves para comprender las identidades en conflicto*, ob. cit.

francesa de 1789, al señalar que el cambio no hizo más que aumentar el poder y los derechos de la autoridad pública³⁶. Lo mismo puede decirse para la rusa de 1917³⁷.

Supervivencias de instituciones de reparación se encuentran tardíamente en la alta Edad Media entre los germanos, donde una asamblea de hombres libres obliga al culpable al pago del *Wergeld*. Si hay reparación no hay guerra: concluye la "pérdida de la paz" para el infractor; o se compra la lanza o se la afronta. Las diferencias de clases que se hicieron más pronunciadas fueron la causa de la sustitución de los arreglos por castigos corporales, volviéndose así a la pena sacrificial. La comunidad germana formada por hombres libres y guerreros, que la misma guerra convierte en pobres campesinos, es obligada a lanzarse en brazos de un protector, simplemente para que la alimente³⁸. La antigua comunidad germánica queda desarmada e inerte ante un poder aristocrático hereditario con poderes punitivos³⁹. El caso de los germanos es ejemplar, aunque cuando Tácito escribe sobre ello hacía tiempo que este pueblo había dejado de ser una sociedad salvaje⁴⁰.

En la doctrina penal y en la criminología hay una creencia generalizada sobre la relación de causa-efecto entre la expropiación de los conflictos particulares y la consolidación de la autoridad punitiva moderna durante los siglos XIII y XIV, período en que la fragmentación política da paso a la centralización autoritaria del poder⁴¹. Esta idea también es alimentada por Michel Foucault cuando señala que el pasaje del mundo antiguo al moderno se transparenta en el cambio del procedimiento

³⁶ DE TOCQUEVILLE, A., *El Antiguo Régimen y la Revolución*, ob. cit., p. 51.

³⁷ BLACKBURN, R., "Fin de siècle: el socialismo después de la quiebra", en BLACKBURN, R. (comp.), *Después de la caída*, ob. cit., p. 145 y ss.

³⁸ ANDERSON, P., *Transiciones de la antigüedad al feudalismo*, ob. cit., p. 56.

³⁹ *Ibid.*, p. 106.

⁴⁰ TÁCITO, C. C., *Germania*, ob. cit., p. 42.

⁴¹ En la literatura procesal argentina, MAIER, J., *Derecho procesal argentino*, ob. cit., T. I, B, p. 23 y ss.

penal basado en la contienda a otro eminentemente inquisitivo⁴². La expropiación del conflicto por parte de la autoridad interesó a la doctrina procesal porque marcó definitivamente la desaparición de la víctima del escenario forense. En cualquier caso, víctima y reparación se borran con la destrucción de la sociedad de iguales. A ello habría favorecido, también, la centralización de las justicias locales y señoriales por parte de las monarquías europeas que, a partir del siglo XIII, se convierten en centro de fuerza que lo absorbe todo, incluso las demandas del pueblo contra la rapiña feudal⁴³.

Confiscación del conflicto privado y monopolio de violencia legítima en un centro de autoridad permanente son procesos encadenados: no pueden pensarse uno sin el otro. Pero ni la emergencia del Estado en la historia ni su burocratización moderna pueden por sí solos dar cuenta del momento en que el *ius puniendi* ocupa el lugar de la reparación de agravios. Para que esto ocurra otras condiciones tienen que estar presentes. En especial, la capacidad para forzar al trabajo y a sufrir pena; de otro lado, una población inferiorizada y vulnerable. Mientras existió igualdad y autonomía, la jefatura indígena recibía prestigio a cambio de una deuda permanente con su pueblo. Con la *inversión de la deuda* la sociedad pierde su carácter indiviso al caer grupos enteros de la población en estado de vulnerabilidad por efecto de una servidumbre voluntaria. La pérdida de igualdad y autonomía tuvo como primera consecuencia la conversión de la mayoría de la población en recurso humano o animal del soberano, según se fuera hombre libre o esclavo. Los individuos se constituyen en población objeto de soberanía. Todo homicidio será, en adelante, no sólo afectación a una vida particular o a sus deudos, sino, principalmente, agravio a la autoridad que detenta la capacidad de obligar a un castigo público en tanto violencia legítima. La vida humana pierde su arcaica independencia para convertirse en propiedad del soberano. El carácter público del poder punitivo se

⁴² FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, ob. cit., p. 63 y ss.

⁴³ BLOCH, M., *La sociedad feudal*, ob. cit., p. 143.

levanta sobre las ruinas y el destino trágico de la sociedad salvaje y no simplemente de una operación mecánica de apropiación de conflictos.

Esta confiscación es el tema central de los grandes tratados de política que justifican el triunfo de la civilización sobre la imagen de la barbarie primitiva, la guerra de todos contra todos, los hombres convertidos en jueces de sus propios deseos y pasiones. No es difícil caer en estas visiones reduccionistas⁴⁴ tomadas de un relato del viejo derecho germánico que los textos de doctrina penal repiten. El cuadro en el que el derecho penal legítima confiscación es el siguiente. Modelo de solución del conflicto entre los germanos de la alta Edad Media es la lucha entre partes en litigio, combate ritualizado, relativamente limitado y regulado por una asamblea democrática, pero estado de guerra al fin representado por la *prueba de Dios* y ordalías. El delito genera un estado de pérdida de la paz (*friedlosigkeit*), equivalente al estado de venganza entre los salvajes. Sin embargo, la historia puede ser otra. La pena pública o el trato sacrificial para los conflictos nunca fue una respuesta al problema de la venganza que nunca existió como tal. Es una fantasía doctrinaria divina o secular montada en la demanda de seguridad lo que hace creer que la pena pública remplace la venganza. Lo único que puede saberse a través de la información etnográfica es que la pena pública, lejos de rescatar a la sociedad del fantasma ilustrado de la venganza, representó la partida de defunción de la sociedad salvaje, sociedad de reparación y *wergeld* bárbaro. La sociedad feudal, mejor estudiada, conoce al mismo tiempo reparación, venganza y pena pública como resultado de la fragmentación de los poderes públicos y el desorden que produjeron en Europa las últimas invasiones de los siglos IX y X.

La venganza de los germanos salvajes fue un dolor de cabeza para los historiadores del derecho penal alemán. La polémica se genera alrededor de la expresión *friedlosigkeit* o "pérdida de la paz", que describe un

⁴⁴ Nosotros mismos hemos caído en ese error; ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., ob. cit., p. 220.

estado de *vendetta* contra el ofensor y su parentela. ¿Es una institución de derecho o sólo un imaginario de caos y anarquía social? Si la venganza –irracional, instintiva– es en definitiva antinómica con cualquier idea de derecho, la institución de los antiguos germanos no puede colocarse en el puesto de arranque de una historia penal civilizatoria alemana. De allí que una parte de la historiografía del siglo XIX, especialmente francesa, concluyó que no hubo orden jurídico entre los germanos de la Edad Media, pese a que la *Germania* de Tácito –descubierta cuatrocientos años antes– afirmaba que no eran bárbaros primitivos. Lo que nunca pudo explicarse es por qué la venganza germana como derecho o como pasión no era causa de anarquía, como se figuraba en el caso de otros salvajes. La explicación que se tuvo para ello fue que minimizaban la amenaza de caos por imperio de las “buenas costumbres” germanas, que en verdad no son diferentes a la cultura paleolítica de la composición que pone fin al estado de venganza. Pérdida de la paz que provoca un crimen, amenaza de venganza y *wergeld* fueron consideradas instituciones para la paz. Karl August Rogge afirmó que los germanos antiguos no conocieron el trato punitivo frente al infractor, lo que generó enérgicas reacciones al quebrar la relación inequívoca entre estado de venganza y caos para poner en su lugar otra más verosímil, estado de venganza y arreglo pacífico, y que por otra parte es la que describiría un tiempo después la etnografía de la cultura tribal de la segunda mitad del siglo XX. Otro representante de la escuela histórica alemana, Wilhelm Eduard Wilda, es quien introduce el término *friedlosigkeit* para referirse a la habilitación de venganza privada, pero la considera pena en tanto derecho del ofendido reconocido por la comunidad, aunque siempre se podía y debía evitar con reparación. Es en este enredo donde otro historiador del derecho introduce la idea de un origen común del sacrificio primitivo con la pena pública. Karl von Amira consideró que bajo la *friedlosigkeit* coexistió el sacrificio del culpable a los dioses y el castigo de los crímenes comunes. En todo caso, como los antiguos germanos no desaparecen por efecto de un estado de venganza ilimitada, poco queda en pie de la antinomia radical elaborada por la filosofía política

y el derecho penal que hace del estado punitivo la condición para evitar la muerte de la sociedad humana⁴⁵.

⁴⁵ DONAT, L. R., “El sistema probatorio medieval de los germanos visto por historiadores alemanes del derecho del siglo XIX y de comienzos del siglo XX”, ob. cit., pp. 487, 496.

HACER SUFRIR

1. ¿Venganza o poder punitivo en la sociedad feudal?

No hay literatura ni documento de aquella época que no exprese en lamentaciones la ruina de ciudades, los campos despoblados, la opresión del débil por el poderoso, desórdenes y violencia por todos lados. Los poderes públicos y las instituciones de la civilización romano-germánica quedan reducidos a la imagen de una ciudadela sitiada por nuevas invasiones que asolan Europa con guerra, pillaje, matanzas y destrucción. Nunca antes había calado tan hondo en la conciencia y mentalidad el miedo a la inminencia de una catástrofe final¹. Poco pudieron hacer los jueces en la Europa feudal de principios de siglo IX frente al conflicto. Fuéron impotentes como lo sería cualquier autoridad frente a un desastre social comparable. No fue la falta de normas lo que había paralizado al poder punitivo; contaban con compilaciones romanas, costumbres germánicas, casi en su totalidad fijadas por escrito y un nuevo derecho consuetudinario que hacia los siglos XII y XIII se recopila, como el *Espejo de los Sajones*, redactado en lengua vulgar en 1221. Pese a ello, casi de un extremo a otro la Edad Media, y en particular la sociedad feudal, pareció vivir bajo el signo de la venganza².

Hecho paradójal. Nunca en la historia humana la pena pública rescata a la sociedad de la venganza más que en el imaginario de doctrinas político-jurídicas. Sin embargo, en condiciones muy particulares la desaparición o fragmentación de una autoridad punitiva centralizada puede provocar la caída en la venganza, aunque muchas veces, como en

¹ Bloch, M., ob. cit., p. 63.

² Ibid., p. 143.

la sociedad feudal, no pueda distinguirse con claridad el límite entre la venganza de la guerra abierta entre facciones y linajes rivales y poderosos. Con frecuencia lo que debía vengarse era una muerte, y todo el grupo familiar de víctima y victimario participaba en la *faide* (vieja palabra germánica que se extendió por toda Europa). En una sociedad donde la casta que la dirigía era la de los señores de la guerra, poco podían hacer los tribunales, y la *faide* era sinónimo de guerra privada entre casas nobles enemigas y todo el linaje humillado, bajo las órdenes de un "jefe de la guerra", tomaba las armas para castigar la muerte. Los siglos XII y XIII fueron testigos de estas querellas embellecidas y agrandadas por juglares y cantares hasta convertirlas en epopeyas. Impotentes, los poderes públicos reconocieron la violencia privada como un privilegio de casta: sólo el gentilhombre puede hacer la guerra. Sin embargo otras fuerzas y sentimientos convergían en sentido contrario: la antigua noción de paz pública vuelve a aparecer en las primeras constituciones urbanas como "documentos de paz". El jefe territorial cobraba un "precio de la paz" con el pretexto de garantizar la seguridad, pero las costumbres y la memoria colectiva limitaban su alcance. Con funciones de paz y justicia, el jefe imponía multas, castigaba, confiscaba³.

Se fijaron tarifas y se prohibieron lugares para la violencia, se distinguieron represalias legítimas del simple bandidaje y se limitaron las ofensas que podían vengarse con sangre. Una ordenanza normanda de Guillermo el Conquistador la fijó únicamente para la muerte de un padre o de un hijo. A medida que los poderes públicos se fortalecen sobre la vulnerabilidad de población, la solución punitiva se afirma en los delitos flagrantes o contra la paz pública. El antiguo uso de la indemnización que se hacía de ordinario subsistía sólo en algunos lugares. Las tarifas de composición de las cuales el poder punitivo se quedaba con una parte, "el precio del hombre" que las leyes bárbaras elaboraron con mucha precisión, se aplicaban para casos excepcionales. En el desorden de los siglos X y XI la autoridad pública perdió la fuerza de reclamar nada y la distinción

³ DUBY, G., *Guerreros y campesinos*, ob. cit., pp. 218, 220.

de clase en la que se basaban los cálculos antiguos fue profundamente alterada. Sin embargo, la indemnización o rescate no desapareció, sino que convivió con las penas afflictivas hasta el fin del feudalismo. La Edad Media prueba que en una sociedad dirigida por jefes de guerra, en la que la primera regla de oro es la subordinación de un hombre a otro hombre, la abrupta desaparición de la autoridad centralizada provoca una caída en la violencia privada entre linajes poderosos. Pero esta venganza de casta, como derecho de jefe y señor de la guerra que los tribunales autorizan, hace que la violencia que administra resulte más emparentada con facultades punitivas que con la *faide* de los antiguos germanos, que sólo se habilitaba, como en la sociedad salvaje, ante el fracaso de la reparación.

Un hombre que busca protector a quien servir y otro que desea ser jefe y proteger son urgencias que aparecen con la sociedad de clases, pero que en el feudalismo adquieren un carácter original por la flaqueza de instituciones de autoridad soberna más amplias. Por todas partes el débil y poblaciones vulnerables enteras se lanzan en brazos de un señor poderoso, pero que ni el prestigio o fortuna le alcanza para mantenerse en su posición más que procurándose, por la transacción o la violencia, del apoyo de inferiores obligados a servirle.

[En la sociedad feudal] ... una parte huía hacia el jefe, otra toma el mando con frecuencia brutal. Y como las nociones de debilidad y poder son siempre relativas, se veía en muchos casos a un mismo hombre hacerse simultáneamente dependiente de otro más fuerte y protector de otros más humildes. Así, empezó a edificarse un vasto sistema de relaciones personales, cuyos hilos entrecruzados corrían de un piso a otro del edificio social.⁴

Los más vulnerables se hacían simplemente esclavos, y con ellos su descendencia. Una capitular del año 810 expone con singular brevedad expresiva, como dice Marc Bloch, la naturaleza del imperio construido por Pipino y Carlomagno: "que cada jefe ejerza una acción coercitiva sobre sus inferiores, con el fin de que éstos, cada vez mejor, obedezcan de

⁴ Ibid., p. 164.

buen grado los mandatos y preceptos imperiales"⁵. En el Estado franco y hasta principios del siglo IX, se observa una oposición radical entre hombres libres y esclavos (en latín, *servi*). Estos últimos, en un número no muy elevado, continuaban siendo de derecho, cosa de un amo que disponía soberanamente de su vida, desprovistos de todo; tampoco eran justiciables, porque eran extraños que, si cometían una falta grave, se los liberaba para que cualquiera lo matara sin cometer homicidio, como al *homo sacer* romano. El hombre libre era súbdito del rey y hombre encomendado a un jefe particular; los matices de la sujeción determinaban la condición del individuo hasta llegar a los casos de sujeción más estricta en el que el derecho secular autorizaba al patrón a infligir penas corporales que antiguamente estaban reservadas para los esclavos. En Francia se estimaba que el siervo no debía tener otro juez que su señor. Un documento del siglo XI, que relata la genealogía de una familia servil, cierra con la siguiente inscripción: "Nive, que fue degollado por Vial, su señor"⁶. A partir del siglo XII las transformaciones que sufre el señorío (entre ellas, la supresión de prestaciones personales) convierten al jefe en un órgano de gobierno y de justicia, con la reserva personal de un derecho de matar inseparable al de llevar armas. Todo jefe quiere ser juez porque el poder punitivo permitía mantener eficazmente en el deber a sus subordinados, derecho que a su vez lo enriquece con multas y confiscaciones. A los campesinos de Inglaterra del siglo XII no les iba mejor, pero eran los tribunales los que condenaban a penas de multa y de cárcel por desobediencia deliberada a servicios requeridos por el señor⁷.

Es común, también, que se confunda, en derecho romano, venganza con poder punitivo bajo el nombre de "pena privada" para los casos del deudor insolvente y los delitos cometidos por esclavos o hijos. Si patrón o padre no reparan el perjuicio, debía entregarlos al ofendido para que éste pudiera castigarlos o convertirlos en esclavos. La ley de las XII tablas

autoriza pena talional y el deudor insolvente puede ser descuartizado por los acreedores, pero de ordinario los castigos se evitaban con rescate indemnizatorio; al igual que en el caso del autor de lesiones corporales. La costumbre había establecido una tabla de "precios por el hombre" de la que nadie se atrevía a separarse para no atraer la hostilidad de la opinión. La expresión usada para el arreglo era "*pacere, pacisi*", y para el acuerdo final, "*pactum*", cuya significación originaria es *pax* o apaciguamiento y fin de la discordia⁸. No hay razones concluyentes, entonces, para que pueda hablarse de venganza privada cuando ley o costumbre reconocida por tribunales autoriza penas corporales o capitales al infractor, pero menos aún cuando se fijan, únicamente, para el fracaso de un rescate normativizado por la ley, como en las XII tablas para la injuria o el robo. Esta confusión se produce, en parte, por la misma evolución del derecho romano, hasta que declara que todo delito le pertenece y entra en escena el *judicium publicum*, la acción penal pública. El error tiene también origen en el dogma que ve en el castigo público el rescate para salir de la barbarie. La situación del esclavo lo ilustra mejor. El poder punitivo del señor para castigarlo o matarlo nunca se confunde con venganza o pena privada, por la simple razón jurídica que lo hacía cosa y derecho de propiedad. Con todas sus diferencias, el sistema esclavista, la mita, la encomienda y la relación patrón-cliente en el continente americano también pueden calificarse de trato punitivo. La clausura de la reparación frente al conflicto explica más por lo que oculta que por lo que surge en su vacío.

2. Primeras leyes sacrificiales

China logró su primera legislación sistemática, según fuentes legendarias, durante el siglo XXII a.C. con los emperadores *místicos*⁹. Se trató de una legislación tremendamente cruel en la que el delito más grave, la rebelión, se penaba con varias formas de muerte. Otra versión

⁵ Ibid., p. 173.

⁶ Ibid., p. 276.

⁷ HILTON, R., *Conflicto de clases y crisis del feudalismo*, ob. cit., p. 38 y ss.

⁸ THÉRING, R., *El espíritu del derecho romano*, ob. cit., p. 67.

⁹ ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., ob. cit., p. 220.

limita el origen de la primera codificación al siglo VI a.C., lo que es más verosímil¹⁰. Su característica es la tendencia a preservar el control ético-social, como lo será en el derecho penal moderno. Desde los orígenes, el proceso de criminalización primaria, creación política de reglas punitivas, reconduce los delitos a lesión contra la autoridad o a una norma de autoridad, donde la pena cumpliría la función de fortalecer los valores del jefe y el grupo dominante, que en la norma penal se presentan como valores universales. En esta legislación opera una fusión entre los principios *confusianos* y la teoría oficial del Estado, que encontró amplia difusión en la codificación posterior del siglo VIII¹¹. Lo mismo puede decirse del Código de Manú en la India; éste asigna a la pena una función eminentemente moral, toda vez que la facultad de penar era considerada divina, y la ejercía la autoridad secular por delegación de Brahma. Este texto penal era el puntal de la sociedad hindú, fuertemente estratificada en castas por el brahmanismo¹². En Japón, el origen de la criminalización primaria tuvo como fundamento el carácter divino de la autoridad. En 1232, Medioevo japonés, se sancionó *La ley de las penas*, donde se simplifican las tipificaciones penales, cuya tabulación es encabezada por los delitos contra el Estado¹³. En Egipto, Caldea, Asiria y Persia¹⁴, al igual que en América entre los aztecas y los incas, la legislación penal fue configurada por estados teocráticos, lo que hizo que las normas penales fuesen radicalmente confiscatorias, dado que todos los delitos constituían faltas contra la religión, el monarca o jefe. Pero la más importante legislación confiscatoria del derecho penal antiguo fue la legislación babilónica, con el célebre código del rey Hammurabi del siglo XXIII a.C., que fija penas drásticas y de aplicación inmediata, pues sólo para delitos menores preveía la expulsión de la ciudad. El sistema del talión, como trato sacrificial

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid., p. 221; sobre la pena de muerte, THOT, L., *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal. Arqueología criminal*, ob. cit., p. 401.

¹³ ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., ob. cit.

¹⁴ THOT, L., ob. cit., p. 400.

que se regulaba en función de la gravedad de lo injusto, fue también la característica de la legislación penal hebrea.

Siete códigos o recopilaciones de leyes, en escritura cuneiforme son los más antiguos entre los que se tiene noticia. Las leyes de Ur-Namma, y las leyes de Lipit-Istar en lengua sumeria, las leyes de Esnunna, las leyes de Hammurabi, las leyes Asirias y las leyes neobabilónicas en lengua acadia; finalmente, las leyes Hititas en esta lengua. A estos documentos habría que agregar los dos textos de la Biblia (Éxodo, 21.2-22.6; Deuteronomio, 21.1-25.11) y el código romano de Las Doce Tablas (c. 450 a.C.). La ley en el antiguo Israel procedería de una tradición de códigos cuneiformes con influencia en la primitiva ley romana¹⁵.

La estructura interna de la norma jurídica más antigua puede equiparse a la que se sistematiza en los códigos modernos: una oración subordinada en la que su primer parte describe una situación de hecho (prótasis) y en la segunda una consecuencia (apódosis): "si un hombre comete homicidio, a ese hombre se le da muerte". El cuerpo de los textos está relativamente sistematizado en un conjunto casuístico, precedido de un prólogo de autoridad que la dicta, y concluye con un epílogo¹⁶. Estos documentos son obras que hacía inscribir un rey en estela o barro para conocimiento de sus logros políticos y de justicia. Los textos no son legales en un sentido estricto, reflejan únicamente una ley o código de época que se inscriben originalmente en monumentos públicos, como el célebre caso de la estela del Museo del Louvre, encontrada en Susa (Irán), que contiene las leyes de Hammurabi. Si a ello se suman edictos, textos de práctica legal, textos escolares de orden académico, documentos judiciales y copias de "códigos de leyes", puede afirmarse la rica y compleja actividad en la organización política y normativa del III milenio a.C.

Al primer período imperial de la III Dinastía de Ur (c. 2112-2004 a.C.) pertenece el primer texto conocido que responde a las características que

¹⁵ MOLINA, M. (ed. y trad.), *La ley más antigua, textos legales sumerios*, ob. cit., p. 18.

¹⁶ Ibid., p. 16.

se han señalado. Las leyes de Ur-Namma¹⁷ contienen normas que describen actos criminales, la situación jurídica del esclavo, delitos sexuales, falsas acusaciones, evasión de esclavos, daños u ofensas a personas, falsos testimonios. Pero lo más característico para estas primeras formas de gobierno punitivo es el recuerdo de justicia que todo rey quiere fijar en la memoria de los súbditos y que define a las primeras sociedades de conflicto:

En ese tiempo (yo), Ur-Namma, rey de Ur, establecí la justicia en el país (...) El huérfano no se lo entregué al rico, la viuda no se la entregué al poderoso, el hombre que sólo posee 1 gin no se lo entregué al hombre que posee 1 mana, el hombre que sólo posee 1 oveja no se lo entregué al hombre que posee 1 buey (...) No impuse trabajos obligatorios, hice desaparecer la enemistad, la violencia, los gritos de dolor, establecí la justicia en el país.¹⁸

La idea de justicia nace con el Estado como remedio para un conflicto social cualitativa y cuantitativamente diferente a cualquier otro malestar conocido en la sociedad de iguales y, con ello, el trato sacrificial generalizado:

En ese tiempo, si un hombre cometía un homicidio, a ese hombre se le daba muerte (...) Si un hombre cometía un atraco, se le daba muerte (...) Si un hombre privaba a otro de libertad (sin que hubiese razón para ello) ese hombre era hecho prisionero y pagaba 15 gin de plata (...) Si un hombre hacía uso de la fuerza y violaba a la mujer de un *gurus* [hombre joven, adulto] que aún no había sido desvirgada, a ese hombre se le daba muerte.

Para lesiones físicas establecía penas de multa en plata. En las leyes de Lipit-Istar:

Si se golpeaba a la hija de un hombre y ésta sufría un aborto, él pagaba ½ mana de plata. Si la mujer fallecía a ese hombre se le daba muerte

¹⁷ Ibid., p. 61 y ss.

¹⁸ Ibid.

(...) Si un hombre iba al huerto de otro hombre y allí era atrapado, pagaba 10 gin de plata¹⁹.

Pero el más completo que se conserva es el código Hammurabi²⁰. Con 280 "artículos" testimonia que al poder punitivo parece faltarle historia y progreso. Ni en la estructura de la norma ni en las consecuencias para la infracción son notorias las diferencias con la "legislación sangui-naria" inglesa de fines del siglo XV²¹, el código penal napoleónico de 1810 o el de Baviera de 1813; este último antecedente del primer código penal argentino.

En su prólogo, Hammurabi ordena que el "... hombre oprimido, que tenga un asunto jurídico, que vaya ante mi estatua, la cual me personifica como rey de orden justo, que lea mi estela escrita y verá sus derechos". Lo que diferencia a este cuerpo legal de los antecedentes sumerios es la generalización de las ejecuciones (apalear, quemar, ahogar, empalar) y penas aflictivas racionales para los más variados conflictos que antes se forzaba a indemnizar. Otra novedad moderna radica en las definiciones en primer término de delitos de *lesa majestad*:

Si uno ha acusado y embrujado a otro y no puede justificarse, será muerto (...) Si uno en un proceso ha dado testimonio de cargo y no ha probado la palabra que dijo, [y] si este proceso es por un crimen que podría acarrear la muerte, este hombre es pasible de muerte (...) Si uno robó el tesoro del dios o del palacio, recibirá la muerte, y el que hubiere recibido de su mano el objeto robado, recibirá la muerte.

Homicidio, hurto, encubrimiento, desertión, incesto, lesiones dolosas o culposas fueron objeto de un trato punitivo tan severo como el de épocas relativamente recientes:

Si uno compró o recibió en depósito, sin testigos ni contrato, oro, plata, esclavo varón o hembra, buey o carnero, asno o cualquier otra

¹⁹ Ibid., p. 77.

²⁰ THOT, L., ob. cit., p. 400.

²¹ MARX, K., *El capital*, ob. cit., p. 223 y ss.

cosas, de mano de un hijo de otro o de un esclavo de otro, es asimilado a un ladrón y pasible de muerte (...) Si uno robó el hijito de un hombre libre, será muerto (...) Si uno sacó un esclavo o esclava de palacio, será muerto (...) Si uno guarda al esclavo en su casa y se lo encuentra en su poder, este hombre sufrirá la pena de muerte (...) Si uno ejerció el bandidaje y es atrapado, recibirá la muerte (...) Si se incendió la casa de uno y otro que fue para extinguirlo se ha apoderado de algún objeto del dueño de la casa, será arrojado en el mismo fuego (...) Si un oficial o soldado que recibió una orden de marchar en una expedición oficial, no marchó, aunque hubiese enviado a un mercenario y éste hubiera ido, este oficial o soldado recibirá la muerte y su reemplazante recibirá su casa (...) Si la esposa de uno lo hace matar por causa de otro hombre irá al patíbulo (...) Si uno eligió novia para su hijo y su hijo la ha conocido, y luego él se acostó con ella y ha sido sorprendido, se lo arrojará al agua (...) Si uno, después de su padre, se acostó sobre el seno de su madre, serán los dos quemados (...) Si un hijo golpeó a su padre, se le cortarán las manos (...) Si un hombre libre vació el ojo de un hijo de hombre libre, se vaciará su ojo (...) Si quebró un hueso de un hombre, se quebrará su hueso (...) Si un hombre libre arrancó un diente a otro hombre libre se le arrancará su diente (...) Si un esclavo de un hombre libre abofeteó un hijo de hombre libre, se le cortará la oreja (...) Si uno en una riña hirió a otro hombre, jurará "no lo he herido a propósito" pagará el médico (...) Si un arquitecto hizo una casa para otro y no la hizo sólida, y si la casa que hizo se derrumbó y ha hecho morir al propietario de la casa, el arquitecto será muerto (...) Si ello hizo morir al hijo del propietario, se matará al hijo del arquitecto²².

No hay razón para dudar la pertenencia a una misma tradición cuando se comparan normas jurídicas penales de sociedades paleobabilónicas con las que se conocen a través de la Biblia, especialmente con las que se mencionan en el Éxodo y en el Deuteronomio:

²² CÓDIGO DE HAMMURABI, ob. cit.; CASSIN, E.; BOTTÉRO, J. y VERCOUTTER, J., *Los imperios del antiguo oriente*, ob. cit., p. 166.

El que hiere a un hombre y le causa la muerte, morirá sin remedio (...) El que hiere a su padre o a su madre será castigado con la muerte. El que hiera a su padre o su madre será castigado con la muerte. El que rapte a una persona, ya la venda o la tenga en su poder, será castigado con la muerte. El que maldiga a sus propios padres, será castigado con la muerte (...) El que mate en el acto a su esclavo o esclava será severamente castigado. Pero no será castigado si sobreviven un día o dos, porque son propiedad suya. Si al reñir unos hombres golpean a una mujer encinta, haciéndola abortar, pero sin causarle otro daño, el culpable será multado con la cantidad que el marido de la mujer pida y decidan los jueces. Pero si se siguen otros daños, entonces se pagará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe.

Esta legislación conocía la distinción entre intención e imprudencia, como la causa de justificación:

El que hiere a un hombre y le cause la muerte (...) sin querer [tendrá] un lugar donde pueda refugiarse (...) Si un buey de una cornada mata a un hombre o a una mujer (...) y su amo no tomó precauciones (...) el dueño será condenado a muerte.

Los hurtos y robos se indemnizaban, pero "si un ladrón es sorprendido de noche robando y lo matan de un golpe no se culpará a nadie de su muerte". Los delitos sin víctima contra la autoridad y la religión tenían su respuesta sacrificial: "no dejarás con vida a las hechiceras (...) el que ofrezca sacrificios a otros dioses distintos del Señor será exterminado". Tampoco se ahorran en penas genocidas:

Cuando el Señor tu Dios te haya introducido en la tierra donde vas a entrar para tomarla en posesión y haya expulsado delante de ti a pueblos numerosos, hititas, guergueseos, amorreos, cananeos, pereceos, jeveos y jebuseos, siete pueblos más poderosos y fuertes que tú (...) cuando te los haya entregado y tú los hayas derrotado, los consagrarás al exterminio. No harás pactos ni tendrás miramientos con ellos.

La legislación grecorromana²³ puede considerarse como el momento de consolidación de la confiscación del conflicto en manos de una autoridad secularizada. Sin el contenido de una religión oficial, como consecuencia de una muy diferente concepción política de gobierno, esta legislación llevó a una atenuación de la política sacrificial a favor de penas pecuniarias y de la posición del deudor con la distinción que perdura hasta la actualidad entre *delicta publica* y *delicta privada*. Los primeros fueron perseguidos en el derecho romano por representantes del Estado en su propio interés; los segundos, por los particulares, en su beneficio, con el auxilio de la coerción estatal. Sin embargo, con el advenimiento del Imperio, el procedimiento *extra ordinem* pasó a ser ordinario²⁴, afirmándose el carácter público del poder punitivo²⁵, por lo cual los delitos más leves también fueron sometidos a castigos públicos. Este cambio fue paralelo a la derrota de la república a favor del Imperio y determinó la confiscación total de los conflictos con tribunales que actuaban por delegación del emperador colocando en el centro de la política punitiva los crímenes *majestatis* hasta límites genocidas. En el caso de Roma también cabe señalar que la legislación penal de Justiniano puede considerarse como la máxima expresión de la subjetivización del delito como manifestación de enemistad al Estado, realización del principio que dice "la conservación del Estado es el fundamento del trato punitivo"²⁶.

Lo poco que se sabe de normas punitivas en la Grecia antigua lo conocemos a través de poetas y filósofos. Lo que pudo reconstruirse de la ley de las XII Tablas romana del siglo V a.C. alcanza para concluir que este cuerpo legal no difiere en estructura y contenido punitivo a los

²³ ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., ob. cit., p. 21; DE ROMILLY, J., *La ley en la Grecia clásica*, ob. cit., p. 25 y ss.; CASTORIADIS, C., *La ciudad y las leyes. Lo que hace a Grecia*, 2, ob. cit., p. 235 y ss.; STEIN, P., *El derecho romano en la historia de Europa*, ob. cit., p. 4 y ss.

²⁴ ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., ob. cit.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid., p. 222.

antecedentes legales de los primeros estados de Asia Menor. En cambio, es unánime la opinión de historiadores del período que establecen el origen de esta ley en la queja popular, lo que indicaría para el futuro que la norma sacrificial escrita siempre es un "mal menor" en comparación con un gobierno punitivo liberado de cualquier documento político. La reacción de campesinos plebeyos parece haberse encaminado contra la interpretación de la regla de costumbre que jueces patricios hacían a favor de la aristocracia terrateniente. Las XII Tablas no modificaron sustancialmente la costumbre tradicional ni su sesgo aristocrático, pero los campesinos pobres parecieron conformarse con que la ley se pusiera por escrito en un código que explicaba lo que debían padecer y lo que podían reclamar en su interés²⁷. Las Tablas VIII a XII disponen, al igual que sus antecedentes, que el propietario de una casa que capturase a un ladrón en el mismo acto del robo, de noche o de día, puede matarlo si el ladrón se resiste, sin resultar culpable. Sin embargo, la ley romana ordena penas sacrificiales con límites en el talión siempre como resultado de un acuerdo fracasado, por ejemplo, en las lesiones graves. En las lesiones menores se prescribían cantidades fijas en dinero como compensación. Con el advenimiento del imperio estos arreglos se sustraen en favor de una respuesta punitiva para conflictos entre particulares, pero especialmente con aquellos que afecten la autoridad, herencia que pasará al Estado moderno.

3. ¿La esclavitud es pena?

La esclavitud moderna de plantación en América es considerada como trato punitivo y se la ha comparado con el trato concentracionario nazi²⁸. A la misma conclusión puede llegarse para la esclavitud antigua,

²⁷ IHERING, R., ob. cit., p. 126; MEIKSINS WOOD, E., *De ciudadanos a señores feudales*, ob. cit., p. 160.

²⁸ Cf., STANLEY, M., *Slavery: A Problem in American Institutional and Intellectual Life*, Chicago, 1969, citado en HINDESS, B. y HIRST, P. Q., ob. cit., p. 121.

sin que importe la naturaleza jurídica de bien mueble que hace de una subordinación radical la extensión de un derecho de propiedad absoluto. Que sean leyes que declaran derechos la causa de una pena, eso mismo pasa con las normas de exterminio del siglo XX. Son casos en que el poder punitivo se ejerce a través de normas que son penales por sus consecuencias reales. Todavía hoy se comete el error de creer que el esclavo, por carecer de estatus de persona, no era sujeto de subordinación política aunque la ley autorizaba a su dueño a destruirlo o a cortarlo en pedazos frente al acreedor. Esa situación se mantiene en Europa hasta los siglos VII y VIII, donde el dueño puede castigar a su esclavo cuando quiere²⁹. Si hay una figura extrema y representativa del *homo sacer*, de aquel que puede ser muerto sin cometer homicidio, ese hombre es el esclavo antiguo. De cualquier modo, el debate abierto por Moses I. Finley, y más recientemente por Gilbert de Ste. Croix, sobre el carácter indispensable o no de la esclavitud para la antigüedad clásica plantea convincentemente que los grandes conflictos de la antigüedad que habilitaron enormes energías de poder punitivo no eran los que producía la relación amo y esclavo, sino los que enfrentaron a la aristocracia territorial con el campesinado pobre y endeudado³⁰. Pero ello no modifica la posición sacrificial del esclavo o la del deudor que cae en ese estado.

Donde la esclavitud constituye una relación social determinante y representa, a la vez, un fenómeno de igual naturaleza punitiva, es en la economía de plantación en América. Sirvió no sólo para el proceso de acumulación originaria capitalista sino que representó, en una escala hasta entonces desconocida, la movilización y el encierro —mediante coerción física— de millones de afroamericanos en haciendas donde el látigo fue la rutina punitiva más benigna³¹. Una crónica de 1654 hecha

²⁹ DUBY, G., *Guerreros y campesinos*, ob. cit., p. 40.

³⁰ Igual en ROSENBERG, A., *Democracia y lucha de clases en la antigüedad*, ob. cit., p. 46, de otra opinión, ANDERSON, P., *Transiciones de la esclavitud al feudalismo*, ob. cit., p. 55; MEIKSINS WOOD, E., *De ciudadanos a señores feudales*, ob. cit., p. 59.

³¹ GRÜNER, E., *La oscuridad y las luces. Capitalismo, cultura y revolución*, ob. cit., p. 110.

por el sacerdote francés Antoine Biet, de visita en Barbados, registra con horror los crueles azotes que son propinados a esclavos por la falta más leve en las propiedades azucareras. Para el caso de Haití, la joya francesa de las Antillas, los azotes que espantaron a Biet pueden considerarse una reprimenda moderada³². La subordinación extrema del esclavo a la autoridad que Aristóteles —maestro de virtud y civilización— fundó en la naturaleza encuentra en la economía de plantación nuevo impulso con el racismo biológico de los siglos XVIII y XIX, sepultándose con ello en el olvido otros fundamentos más realistas, que veían al esclavo resultado de la mala fortuna o de la soberanía política, y cuya negación debilitaría los derechos del amo y desafiaría el derecho de los príncipes a la obediencia.

Aunque no pueda hacerse estimación precisa de prisioneros esclavizados trasladados de las costas de África hacia América, sí se ha podido demostrar que entre los años 1500 y 1870 no son menos de quince millones, de los cuales dos millones murieron en las migraciones forzadas, de hambre, por enfermedades y malos tratos³³. Servidumbre, esclavitud o colonia esclavista de plantación, campo de concentración y masacres sistemáticas de autoridad, prisionizaciones masivas de población vulnerable son todas instituciones de trato punitivo radical olvidadas o directamente negadas por el derecho penal y la criminología. No importa que el trato punitivo tenga por motivo el beneficio económico; la pena de galeras también lo tenía. En cualquiera de estas situaciones mujeres y hombres son tratados con crueldad según leyes de autoridad soberana y en beneficio de toda la sociedad. Se demostró que prisión y fábrica moderna tienen un mismo origen³⁴. Con delincuentes comunes se enriquecieron capitalistas sin poner en duda la naturaleza punitiva de las *workhouses*. Trato punitivo no es únicamente el que tiene origen en la norma penal; existen muchos tipos de normas que sin ser

³² *Ibid.*, p. 251.

³³ GRÜNER, E., *La oscuridad y las luces...*, ob. cit., p. 220.

³⁴ MELOSSI, D. y PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, ob. cit., p. 29 y ss.

estrictamente punitivas habilitan trato cruel de autoridad. Esa es una de las razones por la que el derecho penal y la criminología contemporánea consideran al genocidio, la esclavitud o servidumbre sólo como delitos. Es la resistencia a ver lo que se transparenta en este fenómeno extremo de violencia pública: que también la esclavitud o la masacre estatal constituyen trato punitivo porque las normas que lo habilitan son de trato cruel. La cultura jurídica penal dominante vive en el espejismo, presa de lo que la autoridad define como delito en un código o ley penal. Quizás porque resulte perturbador reconocer que el más grave peligro que padecen los humanos no proviene del delito sino de una pulsión genocida que alimenta cualquier tipo de norma jurídica penal.

Eugene Genovese fue el primero que llamó la atención en que la indagación sobre el trato a los esclavos revelaría otras perspectivas para comprender este régimen político de inferiorización y subordinación humana. Incluso para pensar que la causa de esta barbarie punitiva no estaba más fundada en la cuestión racial que en razones de clase³⁵, como es el caso de la servidumbre europea o de la esclavitud antigua. Un camino parecido sigue el historiador argentino Enrique Tándeter, quien compara las migraciones punitivas de trabajadores africanos hacia América con las movilizaciones forzadas de poblaciones enteras bajo el sistema coercitivo de la mita indiana³⁶. Sin embargo, en la mita —al igual que en la relación patrono-cliente— los castigos físicos están prohibidos, aunque el abuso y la crueldad son habituales, en la mayoría de los casos con complicidad del gobierno y magistrados. Autorización normativa para el trato punitivo es en extremo diferente a la impunidad, aunque en las dos situaciones el mal no se evite. No es mediante la diferencia entre violencia legítima e ilegítima cómo puede distinguirse trato punitivo del que no lo es, pero al menos la distinción sirve a la posibilidad de contener poder punitivo.

³⁵ GENOVESE, E., *Esclavitud y capitalismo*, ob. cit., pp. 33-34.

³⁶ TÁNDETER, E., *Coacción y mercado, La minería de la plata en el Potosí Colonial, 1692-1826*, ob. cit., p. 31 y ss.

En la época de la mita los indios padecían un régimen de trabajo y migración forzosa, pero también contaron con un régimen de protección normativa, al igual que los campesinos frente a la violencia de oligarcas, caciques y gamonales latinoamericanos. Se ha escrito suficiente sobre el rol de la violencia en la relación patrón-cliente, y del patronazgo como una relación de poder que padece una población campesina en aquellas sociedades con estados débiles o inexistentes³⁷. El campesino latinoamericano o del sur de Europa de los siglos XIX y XX que sufre crueldad de su patrón no reconoce en esta figura un centro de autoridad punitiva, como es el caso de la esclavitud de plantación o la servidumbre antigua o feudal. Aunque en la casa del señor no faltan "un par de grillos y una cadena con dos grilletas", según la descripción de Tulio Halperín Donghi de la hacienda de un aristócrata salteño³⁸. El campesino moderno a la única autoridad legítima a la que está sometido es a la del Estado. Puede haber mucha rigidez en la idea que entiende que donde hay burocracia centralizada, en términos de dominación racional, no existe patronazgo legalmente punitivo, pero no parece una idea equivocada. Con todo, en la relación cara a cara entre superior y dependiente la violencia incluso extrema no estaba ausente, ni tampoco el sentimiento de agravio cuando los términos de intercambio se desequilibraban en contra de lo que se llamó "economía moral de la multitud"³⁹. Pero lo que diferencia a este régimen de subordinación con el trato punitivo antiguo o feudal sobre dependientes es que la violencia del patrón es criminal, no está legitimada por ninguna norma de autoridad.

³⁷ GELLNER, E. y otros, *Patrones y clientes*, ob. cit., p. 13.

³⁸ DONGHI, T., *Revolución y guerra. Formación de una élite dirigente en la Argentina criolla*, ob. cit., p. 17.

³⁹ THOMPSON, E., *Tradición, revuelta y conciencia de clase*, ob. cit., p. 62 y ss.

4. Razón moderna de trato sacrificial

El intento más sistemático por ubicar la violencia institucional como pasaje de venganza indiscriminada al sacrificio racionalizado es el que realiza Eligio Resta en su ensayo sobre el derecho y la pena. Esta investigación sigue los pasos de la obra de René Girard pero se inclina hacia problemáticas específicas de derecho penal y filosofía política⁴⁰. Su punto de partida también es la ambigüedad del trato punitivo, mal para la víctima sacrificada y bien para la sociedad, que despliega a través del significado de la palabra *pharmakon* usada en el doble sentido que daba Platón al acto de escribir: remedio contra el olvido que se convierte en veneno y alienación del pensamiento⁴¹. Mientras Girard usa la ambigüedad del concepto para explicar el mecanismo del trato punitivo sobre el chivo expiatorio, Resta lo emplea para ver en él el origen de la civilización moderna, el momento en que la violencia indiscriminada se canaliza en sistema específico de reglas penales y procesales que hicieron posible el salto de la barbarie al progreso moderno. Ninguno de estos "filósofos de la violencia" sale del horizonte clásico, ambos legitiman pena pública como progreso frente a la venganza y escriben bajo el sentimiento de terror ilustrado por la amenaza de la venganza ilimitada. Pese a todo, introducen al trato punitivo en la institución sacrificial, abriendo nuevas perspectivas para el conocimiento de la problemática del castigo público.

La profundidad perturbadora a la que llega Resta, acompañada por una riqueza inigualable de ideas de la tradición clásica, merece atención. "No podemos hacer todo lo que deseamos y podemos hacer"⁴². La sociedad no soporta la propagación de la violencia destructiva y encuentra su remedio en el sacrificio. El sacrificio protege a la comunidad entera de su violencia porque descarga en la víctima, más o menos criminal, nunca

⁴⁰ RESTA, E., *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, ob. cit., p. 123 y ss.; también en "El concepto de *pharmakon* y la legalidad moderna", ob. cit., p. 79 y ss.

⁴¹ RESTA, E., *La certeza...*, ob. cit., p. 41.

⁴² *Ibíd.*, p. 20.

inocente para la autoridad, la energía destructiva que consume a la sociedad haciéndola desaparecer en una satisfacción patibularia. Esta asociación de pena con goce es una relación nueva que será de suma importancia al momento de establecer su equivalencia con la función preventiva general y la vieja idea de retribución, que vuelven al centro de la escena en la doctrina penal. El trato punitivo sacrificial produciría un goce sustitutivo que ocupa el lugar de un malestar social insoportable. La pena es un mal para "satisfacción pública", "satisfacción para el acusador", "satisfacción en la ley". La violencia sobre la víctima sacrificial compensa todas las violencias a las que hay que renunciar para vivir en sociedad. Idea terrible pero inevitable para conocer los secretos del castigo público. La violencia de todos puede ser canalizada hacia un objetivo simple, próximo, vulnerable. En esta indiferenciación de la violencia como venganza, el sacrificio encuentra su lugar para impedir la crisis de la comunidad entera, forma sutil y terrible que legitima el monopolio de violencia legítima soberana. El sacrificio "responde puntualmente a la necesidad que la comunidad experimenta de interrumpir, con una violencia ritual única, la violencia que acecha bajo forma de amenaza indiferenciada sobre toda la estructura comunitaria"⁴³. Este descubrimiento lleva a otro, quizás, de la misma importancia: el esfuerzo que pone la cultura jurídica-política, especialmente la del derecho penal, por velar o desconocer la realidad de la pena en el sacrificio. Pero es en la ambigüedad de todo trato punitivo donde puede conocerse la fuente de su legitimación. La ambivalencia de toda violencia sacrificial se encuentra en el hecho patente, acreditado también en la doctrina sobre la pena, de reconocerla como mal útil que salva la sociedad, que destruye a alguien o a grupos vulnerables en beneficio de todos, que mata y que cura. La sociedad enferma encuentra su remedio en la destrucción sacrificial (modelo curativo de la pena).

En la idea de Resta el pasaje de la violencia indiferenciada de todos contra todos a una violencia regulada por la autoridad es la transición del salvajismo sacrificial "caliente" a una civilización sacrificial "fría". Invierte

⁴³ RESTA, E., *La certeza...*, ob. cit., p. 27.

expresiones utilizadas por Lévi-Strauss para diferenciar la sociedad salvaje, que no quiere cambios, de la sociedad con Estado, que tiene desarrollo e historia. Es en esta última donde el sistema judicial aleja la amenaza de venganza, pero no la elimina sino que la concentra en una represalia única cuyo ejercicio la autoridad delega a un sistema de control especializado dotado de saberes competentes y a una ley que descansa en el pacto social. En este marco imaginario, es inevitable caer en el lugar común de la paz jurídica, como ocurrió antes en la teoría jurídica de Hans Kelsen. Resta transita el mismo camino de legitimación de pena sin ocultar nada; al contrario, pone al descubierto que el sistema penal basado en principios y reglas no se diferencia en sustancia del régimen de sacrificio más que en la cantidad de violencia que sustrae de la sociedad. Lo hace con la imagen etnocéntrica del salvaje irracional que vive entre la venganza mimética.

Tampoco la agudeza sociológica de Weber pudo desprenderse de esta presencia fantasmal y terrorífica de lo primitivo. Puede contárselo entre los que más trabajaron para este ocultamiento en su descripción de los tipos de dominación. El sociólogo de la racionalidad fue lo suficientemente inteligente para ser escéptico con la racionalidad moderna, pero cae, también, en la trampa etnocéntrica cuando afirma que en la dominación racional los hombres no se ven privados de la función de la venganza sino aliviados de ella⁴⁴. Como antes Weber, Resta califica al sistema judicial punitivo moderno como mecanismo de "aligeramiento" de violencia intestina que es inherente a toda sociedad, de la que sólo la época moderna es consciente. De esta autoobservación derivaría la certeza de que la soberanía y el derecho constituyen la respuesta racional, moderna, la única posible a la violencia de toda sociedad. Tanto la soberanía como su ley, la de un rey o la de una asamblea, se justifican en virtud de la necesidad de interrumpir la violencia natural de los individuos⁴⁵.

⁴⁴ Ibid., p. 33.

⁴⁵ Ibid., p. 37.

Más acá en el tiempo, donde la pena se hace objeto primero de atención filosófico-política, según Resta a partir del movimiento reformador que comienza con Beccaria, el trato punitivo sacrificial ingresa en una etapa de racionalización humanista en la que sobresale un intento de dosificación: *castigar menos para castigar mejor*. El sacrificio es una economía de la violencia primitiva y natural de los hombres, pero la modernidad tiene reservado para la pena nuevas dietas. La cuestión científica de la dosis sacrificial ocupó un lugar central en la filosofía política de la pena. Sin embargo, la realidad punitiva victoriana muestra otro rostro con encierros masivos de pobres en cárceles o fábricas, y los que tienen la suerte de no ser colgados o ejecutados por simples hurtos o robos son exportados a colonias penitenciarias. Es cierto que nunca antes la cultura jurídica se había ocupado de "aligerar" científicamente el trato punitivo, pero tampoco hubo época en que la distancia entre los ideales humanistas y reformadores fuera tan grande como con la realidad punitiva⁴⁶. En un tratado moderno y liberal como el de Feuerbach de 1801 para la práctica y enseñanza del derecho penal de su época, se incluyen la pena de muerte simple (decapitación, horca, ahogamiento por inmersión), agravada (rueda, hoguera, descuartizamiento, empalamiento, enterramiento, con suplicios y mutilaciones previas) y castigo corporal mediante azotes o palos⁴⁷. La disputa entablada por Beccaria a favor de la dulcificación de los castigos evidentemente no estaba resuelta, como lo demuestra el código liberal de Baviera de 1813, también de autoría de Feuerbach, en el que se incluye la pena de muerte por decapitación y en el que el criminal "será conducido al lugar del suplicio con la cabeza descubierta, vestido con una bata gris, con un letrero sobre el pecho y la espalda que indique el crimen"; si la muerte es agravada "el criminal será expuesto en la picota durante media hora por el oficial del tribunal"; las penas de presidio se agravaban con castigo corporal, "científicamente" regulado:

... con un número de golpes que deberán determinarse exactamente en la sentencia y cada año en la época de ejecución del crimen

⁴⁶ RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O., *Pena y estructura social*, ob. cit., p. 99 y ss.

⁴⁷ VON FEUERBACH, A., *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 130 y ss.

[el condenado] será encerrado en un calabozo aislado y oscuro alternando con pan y agua o con disminución de comida previo informe médico.⁴⁸

El aligeramiento humanista de la época puede muy bien ejemplificarse en los castigos corporales: no pueden superar nunca el número de cincuenta golpes, ellos deben ejecutarse sobre las espaldas desnudas con un látigo de varas de abedul en haz⁴⁹. Estos programas continuaron haciéndose cada vez más específicos en la confianza de encontrar un equilibrio entre el exceso, lo poco o la falta⁵⁰.

Tiene que haber explicación para que la cultura jurídica penal, en cualquiera de sus versiones —clásica liberal, conservadora y positivista, simplemente conservadora o socialdemócrata—, quiera ver el momento de mayor transformación del derecho penal en los programas de humanización de las penas que tiene a la obra de Beccaria de 1754 por su mejor representante⁵¹. No se tiene duda sobre la importancia de esta tradición humanista en la construcción de una nueva sensibilidad hacia el trato cruel y patibulario. También Hammurabi se presentó ante los suyos como un reformador que libera deudores y esclavos de trato punitivo y promueve el talión para establecer una proporción sacrificial entre delito y pena. Tiranos griegos como Licurgo, Solón o Clístenes, emperadores humanistas en Roma imperial se hicieron conocidos en la historia antigua por programas dulcificadores para el trato punitivo. En la Edad Media el genocidio de mujeres detonó dentro y fuera de la misma iglesia reacciones similares a las del proceso de humanización penal de la Ilustración. No es mala la elección que decreta el momento fundacional del derecho penal en el ensayo de Beccaria, pero resulta tan arbitraria como poner en su lugar la Convención para la prevención y castigo del delito de

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 390-394.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ ROBINSON, P., *Principios distributivos del derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, ob. cit., p. 160 y ss.

⁵¹ BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, ob. cit., pp. 219 y 252.

genocidio de 1948, que reconoce por primera vez en la historia humana el peligro que la autoridad pública representa para grupos enteros de población vulnerable. Menos dudas se tienen de otro movimiento lento, subterráneo, silencioso que desde la baja Edad Media produce el cambio de mayor profundidad que haya conocido el trato sacrificial en la Europa moderna. Es el largo proceso que se acelera con el origen del capitalismo y la formación de Estados nacionales, por el cual la mayoría de la población subordinada se libera del trato punitivo de un jefe particular amo o señor. Ciertamente para caer en otra crueldad punitiva, la de la autoridad estatal centralizada moderna, que encenderá resistencias reformadoras contra el uso indiscriminado de la pena de muerte para todo delito por insignificante que fuere, como contra la práctica del suplicio y tortura judicial. El terror ilustrado a la violencia indiscriminada que se atribuye a la sociedad sin autoridad es la fuente donde brota la ceguera que coloca siempre al liberalismo penal en abogado del castigo público y, a la vez, en censor de la desmesura.

Mientras las condiciones de existencia de un sistema penal estatal se hallan virtualmente ausentes durante la alta Edad Media, la *Penance* o *Wergeld* —pena pecuniaria impuesta por una autoridad distinta de la judicial— así como la contienda entre litigantes constituyeron el derecho que regulaba el conflicto entre iguales en estatus y riqueza. En la sociedad agraria germana el homicidio o la lesión física grave era asunto de una asamblea de hombres libres que obligaba a una compensación económica de modo que el "estado de venganza" de la víctima o los suyos se cerraba. El antiguo derecho germánico antepone el acuerdo a la lucha, con lo que el agresor recupera la paz perdida a causa del crimen. Al principio, las diferencias de clase, que fueron acentuándose entre una aristocracia emergente y un campesinado que se empobrecía cada vez más, sólo influyeron en la graduación de la pena pecuniaria. Cuando esas distancias se hicieron insuperables y profundas, se volvió irremediablemente hacia un sistema sacrificial para los pobres, más indiscriminado que el régimen talional de los estados de la antigüedad clásica. La pena pecuniaria, reservada para ricos y poderosos, se convierte gradualmente de composición a la parte afectada en método de enriquecimiento de jueces

y magistrados. Todavía en el año 1239 en Suiza un robo se reparaba con 60 livres; pero en la *peinlichegerichordnung* de Carlos V. se castigaba con la muerte⁵². Es bien conocido el extraordinario incremento de penas de muerte, mutilaciones, quema, azotes y toda forma de suplicios ocurridos durante el siglo XVI.

El movimiento de norma de intercambio a norma punitiva es el pasaje de sociedad igualitaria a sociedad con Estado, tanto para lo que aconteció en la antigua sociedad germánica como para la sociedad salvaje que describe la etnografía. Se estima que durante el reinado de Enrique VIII en Inglaterra 72.000 ladrones fueron colgados y que durante el reinado de Elizabeth los vagabundos eran linchados sistemáticamente en hileras de 300 o 400 a la vez. Franz Schmidt (1543-1617), el verdugo de Núremberg, ejecutó durante sus 44 años de servicio a más personas que a las que mutiló o marcó⁵³. Los métodos de ejecución se volvieron brutales; la imaginación de la autoridad era inagotable a la hora de hacer sufrir criminales, herejes, mujeres, judíos o salvajes. Lutero, en plena reforma, insistía en que las ejecuciones masivas no bastaban, que los gobernantes debían perseguir, golpear, estrangular, colgar, quemar y torturar a los molestos en todas las formas imaginables⁵⁴. Con el proceso de acumulación originaria capitalista el trato sacrificial comenzó a sufrir cambios cuyos efectos todavía se hacen sentir en el presente. Primero, convirtiendo salvajes, infractores y molestos para la autoridad en recursos inagotables de fuerza para el trabajo punitivo, a través de la esclavitud en galeras, en la servidumbre penal en talleres, casas de corrección, fábricas y colonias penitenciarias. Cuando estas modalidades punitivas pierden su beneficio económico, se reinstalan las ejecuciones masivas. En pleno siglo XVIII en Inglaterra existían más de 300 conductas capaces de llevar a alguien a la horca. Entre tanta barbarie punitiva, voces ilustradas se alzan a favor de un talión burgués para castigar menos y mejor. No propusieron la

⁵² Ibid., p. 19.

⁵³ Ibid., p. 20.

⁵⁴ Ibid., p. 23.

abolición de la pena de muerte, únicamente la reservaban para los crímenes más graves: se mata a quien mató, pero al que robó, se le confiscan sus bienes y al que lastimase se lo lastima.

Sin embargo, la pauperización que la revolución industrial produce entre 1780 y 1830 tanto en el campo como en la ciudad, al hacer retroceder el nivel de vida de la población por debajo del que tenía el hombre neolítico, es causa de conflicto, violencia y padecimiento de todo tipo. La autoridad no quiere saber nada de trato punitivo liberal y se instala una legislación penal de sentido inverso al de los reformadores, de la que son ejemplos los primeros códigos modernos de 1810 y 1813, de Francia y Alemania respectivamente. Con ellos se regresa al exterminio patibulario y a la idea sacrificial de que la única manera de lidiar con delincuentes y molestos es a través de ejecuciones, azotes, picota, varas y marcas con hierro candente, administrados con mejor técnica legal pero dentro del moderno cuadro talional reforzado con la filosofía del castigo retributivo de Kant y Hegel. Sólo un poco después se generalizará en el mundo el encierro concentracionario de criminales y en el siglo XX para el exterminio en masa de grupos enteros de población. Después de mil años de autoridad punitiva se revierte la máxima de Justiniano de que el encierro sólo será para seguridad y no para castigo de enemigos del Estado. Si hoy todavía este principio conserva actualidad constitucional lo es con el único fin de recordar la prohibición de tratos crueles y degradantes. Mientras exista sociedad punitiva sacrificial habrá reformadores que harán valer ideales de justicia y humanismo. El empeño de acotar pulsiones sacrificiales no debe ceder, pero sólo en el reconocimiento de hallarnos en una empresa imposible puede encontrarse la respuesta para salir del círculo sacrificial. Si la más importante contención de poder punitivo es obra de salvajes, podrá aprenderse de ellos que en igualdad social y política es más fácil entenderse con intercambios. Es posible que no haya otro camino para confinar trato sacrificial que con una drástica reducción de las condiciones de vulnerabilidad que habilitan la generalización de pulsiones punitivas.

No es el monopolio racional de trato punitivo el régimen que domestica y aligera la anarquía sacrificial, como cree Resta. Los momentos de violencia incontenible que la historia feudal describió, en todos los casos fueron resultado de un vacío de poder en que los protagonistas de *vendettas* eran señores o *condottieri* de guerra convertidos al pillaje, la rapiña y la matanza⁵⁵. La anarquía más persistente como guerra de todos contra todos parece encontrar terreno más fértil en la sociedad burguesa que en cualquier otro momento histórico. Por su parte, el Estado moderno —como demostró el siglo XX, con muy pocas excepciones—, lejos de aligerar la carga sacrificial que arrastra toda sociedad de clases, convirtió el planeta en un matadero. Masacres y trato sacrificial extremo contra herejes, brujas y criminales marcan el inicio de la modernidad europea durante los siglos XIV y XV, en un contexto de sentimientos apocalípticos y de desastre. Pero a la vez significó el ensayo general de un modelo punitivo que el colonialismo exporta a América, África, Oriente y al Pacífico, contra población inferiorizada por doctrinas racistas y de progreso civilizatorio. Las masacres institucionales regresan a Europa en el siglo XX y en la segunda mitad se globalizan nuevamente contra los enemigos absolutos que crea la Guerra Fría. Sin embargo, por fuera de estas oleadas punitivas extremas, el Estado moderno no ha dejado pasar un día sin alimentarse con su dieta diaria de criminales.

No hace falta inventarse un imaginario de anarquía para explicar y justificar necesidad de trato punitivo. ¿Qué resulta de legitimar trato punitivo como defensa y progreso ante un hecho que sólo existe en la imaginación sociológica? En principio no parece el mejor camino para el que busca "aligerar" una carga sacrificial. Si el poder punitivo es defensa inevitable que "enjaula" energía inagotable de venganza, ¿para qué limitarlo? Finalmente, en este cuadro lo que pide mayor esfuerzo de justificación es el mismo programa de contención de poder punitivo. Si al poder punitivo no se le interrumpe su dieta de fantasmas terroríficos y creencias imaginarias (prevención, resocialización, neutralización de

⁵⁵ BURKHARDT, J., *La cultura del Renacimiento en Italia*, ob. cit., p. 59.

delitos y enemigos internos), será muy difícil reducir su peso en la sociedad. El trato sacrificial centralizado en un figura de autoridad racional no puede reducir violencia interminable que sólo existe en la cabeza de un soberano y sus epígonos de toda época y color. En todo caso, lo único que se ve como algo real es miedo o angustia. El fantasma de anarquía es síntoma y no causa.

El propio Resta, en su obsesión por la venganza unánime, termina por aceptar la necesidad de un mecanismo de ocultamiento de la violencia. El tercero que centraliza trato punitivo debe "trascender" su naturaleza de "contendiente" que resulta inimaginable en una sociedad en la cual se pudiera practicar la guerra de todos contra todos. Un sistema judicial "debe" diferenciarse con la validez de la violencia, engañarse a sí mismo, única manera en que podrá interrumpirse la cadena mimética de destrucción. Cuanto más estrecho resulta el entrelazamiento de soberanía y violencia más decididamente se anuncia la cancelación de sus huellas, tarea que el contrato social está llamado a realizar a través de la refundación de la obligación política⁵⁶.

Sin embargo, el mito de la venganza interminable parece requerir algo más, de orden psicológico. Son las pasiones de la naturaleza humana que elevan la institución punitiva. No faltan referencias a los salvajes y primitivos que, insensibles al dolor, "cargan el acento sobre la imitación recíproca de los antagonismos violentos"⁵⁷.

[Salvajes y modernos fueron] hechos tan iguales (...) como para que uno de ellos pueda reclamar para sí beneficio alguno que no pueda el otro pretender tanto como él (...) aun el más débil tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte (...) de esta igualdad de capacidades surge la igualdad en la esperanza de alcanzar nuestros fines. Y por lo tanto, si dos hombres cualquiera desean la misma cosa que, sin

⁵⁶ RESTA, E., *La certeza...*, ob. cit., pp. 87, 105.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 86.

embargo no pueden ambos gozar, devienen enemigos y en su camino hacia su fin se esfuerzan en destruirse o subyugarse mutuamente.⁵⁸

Este famoso pasaje del capítulo XIII de *Leviathan*, dedicado a la condición natural del género humano, es punto de partida también en Resta, para quien pasiones y deseos rivales constituyen el motivo para fundar soberanía punitiva. El deseo ilimitado hace a los hombres rivales. Esta descripción de la naturaleza humana es de fundamental importancia para la idea del trato punitivo como progreso frente a la anarquía. El sujeto deseante quiere un objeto únicamente porque es deseo de otro competidor. La convergencia mimética del deseo sobre el mismo objeto desemboca irremediablemente en conflicto violento. Esta rivalidad sin salida será el tema común de la filosofía política para fundar el derecho y el Estado moderno. Es, también, el tema central del derecho penal y especialmente de la pena como retribución: sin norma de castigo no es posible estabilizar expectativas de conducta; dicho brutalmente, nadie saldría seguro a la calle sin temor a que lo maten. La norma penal orienta y garantiza expectativa de conducta en la interrelación. Es la que explicaría por qué una sociedad estratificada no desaparece en una guerra de todos contra todos. El deseo, fuente de agresión y violencia, encuentra su límite en la norma penal. No fue suficiente con la inferiorización del hombre primitivo y su sociedad. Es necesaria, también, una caricatura psicológica del hombre moderno. Se opera un giro de la sociedad al individuo para fundar la emergencia del poder punitivo en la creencia de un peligroso deseo de agresión mimética, de un modo equivalente a la hipótesis del positivismo criminológico, que hacía recaer en la degeneración la causa del delito y, por ende, la necesidad de defensa punitiva.

SATISFAGGION EN LA LEY

1. "Menos penas que nos castigamos solos"

La ley penal como condición de posibilidad de lo social es la premisa fundamental de un mito político-jurídico. Como todo mito, su característica es la inexorabilidad de un destino de origen: sin ley penal no hay sociedad humana. A veces, como en Kant, esta inevitabilidad es de orden natural. La soberanía punitiva es un *a priori* trascendental para la co-existencia humana, al igual que los conceptos de tiempo y espacio lo son para el pensamiento. En Hobbes, al contrario, el contenido del mito de nacimiento de lo social es manifiestamente artificioso. Pero por cualquier vía, convención o naturaleza, la ley penal irrumpe en el mito ilustrado como progreso de la razón para domeñar una naturaleza humana salvaje en la que reina un instinto de agresión homicida. Por lo tanto, a la visión antropológica de lo salvaje se le suma una psicológica, es decir, una doctrina de las pasiones. El proyecto de la Ilustración bien podría tener este lema: "piensa libremente, sin prejuicio, con el único auxilio de la razón, pero obedece incondicionalmente la ley penal porque sin ella amenaza la natural agresión homicida de todos contra todos que impide la sociedad". La sociedad humana es posible cuando, por medio de la soberanía punitiva, el trato sacrificial domestica la natural agresividad de todos contra todos. No hay imagen más sentida y por ello potente que ver en la pena pública un mal inevitable de alguien para bien de la sociedad. El gobierno de lo humano a través del delito y la pena no lo desmiente. ¿Cuánto hay de cierto en esta doctrina de las pulsiones humanas para que se la tenga de presupuesto de la inexorabilidad de la ley penal? ¿Es posible que sea de otro modo, que la naturaleza humana esté empeñada en su propio perjuicio

⁵⁸ HOBBS, T., *Leviatán*, ob. cit., p. 100.

más que en el ajeno? ¿Es posible, como dice Lacan, que el hombre construya a cada instante su mundo por medio de su suicidio?¹

En el campo de la agresividad humana lo que más llamó la atención del psicoanálisis no fue la violencia en perjuicio de otro sino la omnipresencia de la autodestructividad humana, aunque de ello se obtenga un beneficio psíquico; lo que parecería, en principio, un sinsentido. A partir del giro de 1920, Freud en *Más allá del principio del placer* introduce el concepto de *pulsión de muerte* y hace de la autoagresión el principio mismo de la agresividad humana, con la cual el creador del psicoanálisis destruye la noción clásica de agresividad como un modo de relacionarse con el otro². La destructividad ni es expresiva de una única pulsión humana ni es predominantemente ejercida sobre otro cuando tiene la primacía. Este cambio de perspectiva desarma la alarma vindicativa por aumento del delito e introduce una nueva posición frente a la agresividad violenta. Si la casi totalidad de cualquier población no comete agresiones homicidas, la pregunta jurídica o criminológica por el aumento de estos delitos no es menos importante que la pregunta de por qué no deberían cometerse más hechos de este tipo de los que se cometen considerando las graves deprivaciones afectivas, simbólicas y materiales que padecen grupos enteros de una población. La respuesta dogmática del derecho penal, que es racionalización de una creencia general, radica en que el castigo mantiene a raya las pulsiones de agresividad del humano y que la estadística parece confirmarlo. Siempre los delitos contra la vida son relativamente insignificantes en una sociedad en situación normal. Si no se mata en sociedad más de lo que se lo hace se debe a la existencia de trato sacrificial al homicida. Pero para el psicoanálisis las cosas son de otro modo: la casi totalidad de la población que no comete homicidios tampoco los cometería sin amenaza de trato sacrificial y para los pocos que no se evitan la amenaza de castigo es indiferente. Si esto es así, la respuesta irracional vindicativa culturalmente condicionada debiera

¹ LACAN, J., "La agresividad en psicoanálisis", en *Escritos*, ob. cit., p. 116.

² LAPLANCHE, J. y PONTALIS, J., *Diccionario de Psicoanálisis*, ob. cit., p. 16.

destinarse únicamente para un grupo muy reducido de casos, sin que haya necesidad de hacer de la excepcionalidad punitiva la regla fundamental de la soberanía política. Como no puede ignorarse en los asuntos de gobierno una pulsión agresiva que hace al humano, tampoco puede ignorarse que esa tendencia se manifiesta más como autodestructividad que como violencia de guerra de todos contra todos.

Más allá del principio del placer quiebra la idea de que el aparato psíquico está regulado por un principio de placer (equilibrio o de adaptación). Este, en tanto ley de la menor tensión, tiene por función mantener lo más bajo posible la cantidad de excitación presente en el organismo³. No es muy diferente a la idea de sociedad regulada por el principio biológico de *homeostasis*, donde los subsistemas —entre ellos la pena pública— cumplirían la función de reducir inestabilidad proveniente del entorno. Sin embargo, así como las teorías del conflicto enriquecieron la comprensión de los fenómenos sociales al señalar la existencia de convenciones altamente destructivas para la co-existencia (en la apropiación de trabajo ajeno, la propiedad privada de los medios de vida y acceso a los recursos naturales, en el trato sacrificial, etc.), el psicoanálisis descubrió en la vida anímica una compulsión a la repetición de experiencias penosas de naturaleza autópunitivas que contradicen el reinado absoluto del principio del placer en la psique humana. Esta compulsión a la repetición está en contradicción con la ley de la menor tensión y a favor de una tendencia que hace al hombre un sujeto de padecimiento en el síntoma. Como si el hombre durante toda su vida estuviera perseguido por un destino implacablemente penoso, cuando en realidad son ellos mismos quienes sin saberlo se deparan ese destino. La pulsión de muerte —en su modo autodestructivo para volver la vida a un estado previo inorgánico— parece más elemental que la pulsión de placer que destrona y conduce a que el sujeto no sólo no quiera su bien sino que goce en el sufrimiento

³ FREUD, S., *Más allá del principio de placer*, en *Obras completas*, ob. cit., T. XVIII, p. 55.

autopunitivo o en la enfermedad. Es lo que el psicoanálisis denomina *ganancia de placer ligada al displacer*⁴.

En un texto anterior de 1915, *Pulsión y destinos de la pulsión*, Freud señala la existencia de dos pulsiones que definen los términos de la vida anímica: las de conservación o yoicas, y las pulsiones sexuales⁵. La esencia en toda pulsión es la fuerza de empuje que nace de la diferencia entre la satisfacción que tiene como meta y la que obtiene, que siempre es incompleta. Pero, a diferencia de lo que especula la doctrina jurídico-política, los destinos de la pulsión humana no se limitan a la heteroagresión. Una parte de las pulsiones sexuales o agresivas se transforman y se ponen al servicio del trabajo cultural, es decir, se subliman. Otras son objeto de la represión, sepultando en el inconsciente las ideas que las representan. Pero otra gran parte tiene como destino la vuelta hacia la propia persona bajo formas autopunitivas.

Lo que se había anunciado con el giro de 1920 se perfecciona en un trabajo posterior y la clave se traslada al concepto de "ideal de yo", instancia de donde parece partir la necesidad de autocastigo. Este ideal es herencia del complejo de Edipo. La querella en el niño entre el deseo por la madre y la identificación ambivalente con el padre se convierte en obstáculo del goce y se cierra con el complejo de castración. A la vez, esta renuncia bajo pena es lo que permite la emergencia de un "ideal de yo" que no se agota en la advertencia: "*Así (como el padre) debes ser, sino que comprende la prohibición, Así (como el padre) no te es lícito ser*, esto es, no puedes hacer todo lo que él hace, muchas cosas le están reservadas"⁶. El complejo de Edipo se reprime y el yo infantil se fortalece engendrando dentro de sí una instancia de reproche punitivo. Este "superyó" conservará el carácter de la figura parental. ¿De dónde extrae su fuerza este imperativo categórico que señorea la vida anímica? De acuerdo a su génesis parental, el

⁴ COSENTINO, J. C., *Construcción de los conceptos freudianos II*, ob. cit., pp. 106-107.

⁵ FREUD, S., *Pulsiones y destinos de las pulsiones*, en *Obras completas*, ob. cit., T. XIV, p. 119.

⁶ FREUD, S., *El yo y el ello*, en *Obras completas*, ob. cit., T. XIX, p. 36.

superyó es el resultado de dos factores biológicos: el desvalimiento de la criatura humana y su dependencia prolongada de sus progenitores y por el hecho del complejo de Edipo. Estas entidades parentales que amamos y tememos a la vez más tarde son acogidas en el interior de nosotros mismos⁷. Mientras que el "yo" es representante del mundo exterior, de la realidad, el "superyó" se le enfrenta como juez inquisidor de potentes mociones pulsionales del "ello". Las tensiones entre la exigencia de la conciencia moral y el "yo", subordinado al vasallaje del principio de placer que brota del "ello", son sentidas por la conciencia como sentimiento de culpa, por lo cual el "ideal de yo" no ahorra esfuerzo en realizar esa necesidad de castigo⁸. El castigo canaliza pulsión de destrucción pero encuentra una satisfacción sustitutiva en la enfermedad y el padecer (neurosis obsesivas, melancolías)⁹. En los textos del período psiquiátrico de la obra de Jacques Lacan (1931-1933) también en la psicosis paranoica se identifica una satisfacción autopunitiva en el pasaje al acto agresivo que alivia el sufrimiento delirante¹⁰.

No hay duda de que el trato punitivo sacrificial público canaliza emociones vindicativas, tampoco de que estas mociones pueden peligrosamente volverse colectivas: allí están las masacres estatales para confirmarlo. En las primeras décadas del siglo XX la clínica psicoanalítica halla en la gravedad de este sentimiento inconsciente de culpa la causa determinante para agresiones que no buscan otro propósito que el autocastigo; lo que, por otra parte, no deja de ser otro duro y definitivo golpe para la idea tradicional de culpa penal. El "superyó" inconsciente se exterioriza como una necesidad de castigo interna mucho antes de cualquier noticia de existencia de castigo público. ¿Por qué? En razón de que se deposita en él pulsión de muerte y no es infrecuente que tenga resultado

⁷ Ibid., p. 37.

⁸ Ibid., p. 38.

⁹ Ibid., p. 50.

¹⁰ MUÑOZ, P., *La invención lacaniana del pasaje al acto. De la psiquiatría al psicoanálisis*, ob. cit., p. 35 y ss.

en el suicidio. La pulsión de muerte, cuando no se vuelve inofensiva por sublimación o por mezcla con pulsiones eróticas o se desvía en otros casos hacia afuera, convierte la vida humana en un padecimiento autopunitivo patológico y por cuya ganancia en el displacer, para ellos más que ninguno, parece no hacer falta ningún otro refuerzo punitivo. Es asombroso, dice Freud, que mientras el ser humano más limita su agresión hacia afuera tanto más severo —y por eso mismo autodestructivo— se torna su ideal de "yo". Entre los vasallajes del "yo", el más significativo es al que lo somete el "superyó", y como heredero del complejo de Edipo lleva la marca de una terrible amenaza punitiva (amenaza de castración) y de la intensa angustia que el "yo" atraviesa en esa grave experiencia ominosa, es decir, en la de sentir la figura paternal como un peligro atroz¹¹.

La existencia de una aspiración masoquista desde el punto de visto económico de la vida anímica siempre fue una incongruencia, si al principio de placer se le asigna como meta la evitación del dolor o la ganancia en placer. Por esto la relación del principio de placer se supone en correspondencia con las dos variedades de pulsiones, de muerte y de vida. La tarea de esta última es volver inocua la tendencia a la mortificación psíquica patológica o desviarla hacia el exterior (pulsión de destrucción). En el masoquismo moral la satisfacción de este sentimiento inconsciente de culpa es la vía de una ganancia en la enfermedad. El padecer que la neurosis conlleva es justamente lo que lo vuelve valioso para la tendencia masoquista: trabajar en favor del propio perjuicio¹². El sadismo del "yo" y el "masoquismo" del superyó se complementan el uno con el otro; sólo así es posible, dice Freud, comprender que de la sofocación de las pulsiones —con frecuencia o en la totalidad de los casos— la necesidad de castigo se vuelva tanto más severa cuanto uno más se abstiene de agredir a los demás. El masoquismo moral (padecimiento y castigo psicológico) es testimonio de la mezcla de pulsiones. Su peligrosidad se debe a que desciende de la pulsión de muerte, pero ni aún la autodestrucción puede

¹¹ *Ibíd.*, p. 58.

¹² FREUD, S., *El problema económico del masoquismo*, en *Obras completas*, ob. cit., T. XIX, pp. 171-172.

producirse sin goce o satisfacción libidinosa¹³. El beneficio o ganancia que se obtiene del propio padecimiento es una satisfacción sustitutiva de otra imposible por insoportable, que enciende la señal de angustia y dispara el mecanismo de defensa. La moción reprimida de su meta se procura síntomas, como la ganancia en la enfermedad¹⁴.

Las personas no quieren saber nada con la reducción de pena pública, como se resisten a aflojar la severidad de las pulsiones para admitir una mayor satisfacción¹⁵. Quizás sea por eso que al psicoanálisis y al abolicionismo se los trate como enemigos de la cultura y peligro social. En cualquier caso, cuanto mayor sea la severidad de la conciencia moral y más extendido esté el trato sacrificial público, mayores padecimientos se suman para el destino humano en sociedad, con el agravante de que la necesidad inconsciente de castigo se activa con la sola representación del deseo. Así, se realiza en la vida anímica la tierra prometida del penalista. En uno de sus más conocidos textos, Freud, luego de insistir en la absoluta imposibilidad de gobierno pleno del principio de placer en la vida anímica, señala que éste se ve coercionado por el "ideal de yo" —que subroga el mundo exterior— a conformarse con anteponer la precaución al instinto¹⁶. Frente a esto se le ofrece al hombre, como satisfacción sustitutiva, el refugio en la neurosis, que en la mayoría de los casos se consuma en la juventud. Lo que se reprimen son pulsiones también agresivas; se reprime el gusto y placer por la agresión que se interioriza en la conciencia moral con la misma severidad agresiva que el "yo" habría querido satisfacer en otros¹⁷. La conciencia moral es conciencia de culpa y la agresión se vuelve autopunición. Este severo código penal interno primero se forma con la autoridad parental, para la cual Freud utiliza la imagen de

¹³ *Ibíd.*, p. 176.

¹⁴ FREUD, S., *Inhibición, síntoma y angustia*, en *Obras completas*, ob. cit., T. XX, p. 95.

¹⁵ FREUD, S., *Las resistencias contra el psicoanálisis*, en *Obras completas*, ob. cit., T. XIX, p. 223.

¹⁶ FREUD, S., *El malestar de la cultura*, en *Obras completas*, ob. cit., T. XXI, p. 77.

¹⁷ FREUD, S., *Angustia y vida pulsional*, 32ª conferencia, en *Obras completas*, ob. cit., T. XXII, pp. 100-103.

guarnición militar" que no sólo castiga por lo que se hace, sino también por lo que se desea y no se hace. Cuando más se exige punitivamente, el hombre más se enferma. Finalmente, la agresión es tan nociva como su represión, como lo ilustra la paradoja de la enfermedad autoinmune: la severidad en la defensa de la vida frente a la amenaza externa se hipertrofia a tal punto que produce la negación de eso que quiere defender¹⁸. Debe resistirse la tentación de comparar el efecto deteriorante de un código penal interno con el trato sacrificial. Aunque en la vida anímica individual, como en la colectiva, la necesidad de castigo parece canalizar mociones destructivas de las que se obtiene una ganancia o goce. Son altos los ideales positivos que se tienen respecto de la solución sacrificial para los delitos. Estos sentimientos no pueden estar desfasados de las vivencias y del entrenamiento autopunitivo con ganancia de placer que experimenta la vida del individuo. Si la experiencia enseña que la crítica a la pena sacrificial apenas la afecta, en parte se debe a que las creencias se generalizan menos por causa de razones que de apegos afectivos que, como se ve, poco tienen que ver con el deseo mimético de agresión de la filosofía clásica y que Eligio Resta recupera.

2. *Homo sacer*

En la obra de Giorgio Agamben la ambigüedad de lo sagrado se ubica en el lugar que corresponde. Se la hace recaer en una figura sacrificial o grupo vulnerable. No es el poder punitivo el veneno que dosificado funciona como remedio que reduce la venganza ilimitada a su mínimo posible. Es el chivo expiatorio al que se lo ubica en el lugar de sujeto de padecimiento y vehículo a la vez de pacificación social¹⁹. Esta forma extrema de biopolítica extrañamente no es tenida en cuenta por Foucault,

¹⁸ RECALCATTI, M., *Lo homogéneo y su reverso*, ob. cit., p. 44; sobre el paradigma inmunitario, "proteger la vida haciéndole probar la muerte", ESPÓSITO, R., *Inmunitas. Protección y negación de la vida*, ob. cit., p. 161 y ss.

¹⁹ AGAMBEN G., *Homo sacer*, ob. cit., p. 91.

en especial en lo relativo a las masacres genocidas, por lo que puede considerarse a Agamben, en este aspecto, el continuador del concepto de soberanía como gobierno de la vida de poblaciones humanas enteras a través de la muerte: derecho a matar y dejar vivir, o hacer vivir y dejar morir. Su concepto de soberanía no es diferente al de Carl Schmitt²⁰, pero se concentra en sus manifestaciones extremas donde el soberano sacrificador está al mismo tiempo fuera y dentro del ordenamiento jurídico²¹. Está dentro del ordenamiento jurídico ante un enemigo interno relativo, criminal ocasional o incorregible, pero en un lugar diferente ante el enemigo absoluto. En este caso, en la emergencia, el poder punitivo no está dentro ni fuera del régimen punitivo soberano. Se activan dispositivos de excepción para garantizar, frente a una amenaza absoluta, la existencia de todo el ordenamiento jurídico y, por ende, de la sociedad en peligro.

La tesis principal de Agamben, a diferencia de la de Foucault, radica en que para el filósofo italiano el campo concentracionario de exterminio ocupa en la sociedad moderna un lugar de primer orden en muchos sentidos. Se trata de un giro radical en el estudio sobre el trato punitivo, que obliga al derecho penal y la criminología a tomar nota de ello. Uno de aquellos sentidos permite conocer con más profundidad la figura de *enemigo absoluto*, que el poder punitivo pone en *bando*, a merced de un trato sin límite, porque es abandonado por el derecho²². Sin embargo, con ello se pasa por alto una circunstancia que se observa en todo genocidio. En ninguna masacre que la autoridad comete en la modernidad (la quema de herejes y brujas hasta las ejecuciones masivas de prisioneros en campos concentracionarios) faltan normas jurídicas que habilitan ese trato. Se borran derechos individuales para grupos de población vulnerable pero quedan sujetos a normas jurídicas de exterminio. El trato punitivo extremo sobre enemigos absolutos nunca representa un

²⁰ SCHMITT, C., *Teología política*, ob. cit., p. 35 y ss.

²¹ AGAMBEN, G., *Estado de excepción*, ob. cit., p. 23 y ss.

²² AGAMBEN, G., *Homo sacer*, ob. cit., p. 124.

quebrantamiento del orden jurídico interno más que en un sentido moral. Es el gran debate del positivismo jurídico con el derecho natural. Quizás por esa razón la masacre de autoridad sea uno de los fenómenos más perturbadores para la doctrina jurídica penal. Toda matanza institucional, aunque tenga por origen la orden que un dictador susurra al oído de un subordinado, es comienzo de ejecución de trato punitivo extremo y a la vez "norma" que ocupa el centro del orden jurídico en la emergencia punitiva.

El proceso genocida que se inicia en la Argentina antes del Golpe de Estado de marzo de 1976 cuenta con más de diez kilos de normas secretas de exterminio; la "solución final" decretada contra los judíos bajo el nacionalsocialismo, en cambio, apenas conoce unas pocas referencias a órdenes escritas. En cualquier caso, proceden del vértice de la pirámide normativa. Que la violencia extrema tenga origen en la excepción no puede negarse, pero siempre a condición de reconocerla *dentro* del orden jurídico punitivo y sin importar que la solución sacrificial esté liberada —en razón de la misma emergencia— de todo límite y garantía. Al colocar la violencia estatal extrema en una zona intermedia entre lo legal y lo no legal o, como dice Agamben, entre la pura violencia y el derecho, el genocidio pierde su elemento definitorio, esto es, su carácter punitivo estatal. Cuando en la excepción el soberano habilita eliminación física de categorías enteras de población (criminales, enfermos, judíos o comunistas) no hay suspensión del orden jurídico, porque el vacío que deja la garantía individual derogada se ocupa con normas sacrificiales de defensa social. Definir como *no derecho* la orden militar del presidente de los Estados Unidos que habilita "detención indefinida" y "comisiones militares" contra extranjeros sospechosos que ponen en peligro la seguridad nacional²³ es moralmente repugnante, pero constituye un error de enormes consecuencias sustraerle a ese trato su carácter punitivo y convertirlo en "puro señorío de hecho". El perjuicio más grave proviene de legitimar que un individuo o grupo de la población pueden caer en "tierra de

²³ Cfr. *USA Patriot Act*, promulgada el 26 de octubre de 2001 después de los atentados del 11 de diciembre del mismo año.

nadie", como en la teoría del partisano de Schmitt²⁴. Mientras exista autoridad pública de por medio nunca habrá ni suspensión ni vacío de derecho. El jefe de cárcel que ordena secretamente la eliminación física de un prisionero comete homicidio y aplica pena a la vez, sin que ninguna de estas calificaciones quede por fuera del ordenamiento jurídico. Si en cambio se considera la orden secreta como suspensión del derecho penitenciario, no se deja ver trato punitivo donde también hay crimen. Lo mismo vale si la emergencia *real* o *imaginaria*, declarada normativamente por la autoridad, apela al antiguo principio de defensa legítima que dice que la *necesidad no conoce ley*, porque en cualquier caso el orden jurídico obliga al funcionario a intervenir y su hecho, en un caso, resulta coacción administrativa directa conforme a derecho, y, en otro —si la situación de emergencia es meramente imaginaria y sacrificial—, en la doble calificación de pena y crimen. Por muy perturbadora que sea la norma punitiva de exterminio —pública, secreta, verbal o escrita— pertenece al orden jurídico tanto como la norma que habilita pena al criminal común. Donde exista autoridad sacrificial habrá derecho.

En la figura del *homo sacer* tampoco queda por fuera del orden jurídico el sujeto al trato punitivo. Con esa calificación Agamben nombra al condenado "al que no se puede sacrificar pero si se lo mata no se comete homicidio"²⁵. Sin embargo, la fórmula parece acomodarse mejor a una regla de prohibición de venganza que a una de pena, como el pariente de la víctima que no comete homicidio si anticipa al verdugo. "El que mata a un condenado a muerte, sin estar facultado a la ejecución por la función o por encargo del Estado, actúa contra el orden público como infractor de policía pero no como homicida"²⁶. Pero el filósofo acierta en el blanco al señalar la ambivalencia del sujeto sacrificial, como hombre maldito y abominable por su crimen pero sagrado porque el castigo se consagra a un imaginario pacificador divino o secular. Poco importa

²⁴ SCHMITT, C., *Teoría del partisano. Acotación al concepto de lo político*, ob. cit., pp. 99 y 106.

²⁵ *Ibid.*, p. 87.

²⁶ VON FEUERBACH, A., ob. cit., p. 71.

que el sufrimiento que se hace padecer al autor comunique a un dios o a la estabilización del derecho violado, siempre que la pena sacrificial no pierda su función de llevar satisfacción allí donde hay malestar. Aferrado a la literalidad de una fórmula antigua, entiende la ambigüedad del *homo sacer* porque es insacrificable y a la vez se lo puede matar impunemente. No es convincente que se pueda matar impunemente y que ello no sea también un acto de sacrificio, si con la pena se persigue aliviar un estado de malestar social. La situación del *homo sacer* romano a la que se llegaba por delitos políticos, por ofensas contra el padre o el patrón, "era peor que la del enemigo desprovisto de todo derecho, porque era objeto de horror, de maldición, como un ser infestado, evitado por todo el mundo"²⁷, y el castigo que podía ejecutar cualquiera del pueblo sobre él sin cometer homicidio tenía por fin aplacar emociones perturbadoras en beneficio de la comunidad. El *homo sacer* es eminentemente sacrificable y su matador, si no comete homicidio, es porque lo habilita una norma jurídica de exterminio o, en todo caso, porque comete un delito distinto.

La confusión proviene en el uso indiferenciado que se hace de los conceptos de ley y garantía individual. Así parecen indicarlo varios pasajes de su obra, en particular cuando relaciona al *homo sacer* con el *banido* y el *fuera de ley*, o *friedlos* del derecho germánico. Pero si a la "pérdida de la paz" le sigue una ejecución que no se calificaba homicida, ello es así en razón de ese orden jurídico y no porque el proscripto haya quedado fuera de la ley de los germanos. Genocidas y verdugos matan impunemente sólo por causa de una inferiorización normativa de la víctima sacrificial, dentro del orden jurídico y en el cumplimiento de una regla de exterminio. Lo único fuera de ley en el poder punitivo extremo son las garantías o derechos derogados en la emergencia. Agamben es un vehemente opositor a calificar la pena pública o la masacre estatal como sacrificios. Al menos en relación con la solución final decretada contra los judíos por el régimen nazi, dice que es una irresponsable ceguera historiográfica porque a los judíos se los mató como "piojos", bajo la calificación de *nuda*

²⁷ IHERING, R., ob. cit., p. 98.

*vida, es decir, en tanto vida sin de valor de vida. La dimensión en que el exterminio tuvo lugar, dice, no es la religión ni el derecho, sino la biopolítica del soberano*²⁸. Que los perpetradores definan la vida indigna de ser vivida en términos étnicos, raciales, religiosos, nacionales o políticos no modifica la naturaleza sacrificial del exterminio. La perspectiva de la autoridad es un hecho real porque tiene efectos en el mundo, pero ello no convierte un imaginario en verdad. Se ha matado por razones raciales, pero las razas no existen, como no existieron herejes, brujas o subversivos como encarnaciones de un mal absoluto. El conocimiento del fenómeno punitivo nunca puede agotarse en la perspectiva del perpetrador.

Con más énfasis en el trato punitivo que en el estereotipo de persecución, desde el marxismo también se pone la atención en el carácter sagrado de la pena estatal como en el goce destructivo que produce. El crítico inglés de la cultura Terry Eagleton se esfuerza en recordar que los beneficios del castigo no son gratuitos, tienen un costo altísimo en la vida anímica de las personas. La satisfacción que el trato sacrificial produce nunca compensa las pérdidas que tienen origen en esa ilusión punitiva²⁹. Toma la idea freudiana de que existe en la psique un instinto o pulsión de muerte por lo cual hombres y mujeres repiten y se esfuerzan inconscientemente en actos y creencias que los perjudican y destruyen. En este marco afectivo encuentra tierra fértil la solución sacrificial. Reconocer el estremecedor doble filo que contiene el trato punitivo como institución civilizatoria y barbarie es un punto de convergencia con la crítica a la razón instrumental formulada por Adorno y Horkheimer en *Dialéctica de la Ilustración*³⁰. En Eagleton, la influencia freudiana es de mayor peso porque reconoce que ninguna institución racional es ajena a las pasiones, incluso sacrificiales. Razón y pasión, como civilización y barbarie, no son términos que sirvan para pensar realidades que parecen enfrentadas.

²⁸ AGAMBEN, G., *Homo sacer*, ob. cit., p. 135.

²⁹ EAGLETON, T., *Terror santo*, ob. cit., p. 13 y ss.

³⁰ ADORNO, T. y HORKHEIMER, M., *Dialéctica de la Ilustración*, ob. cit.

Lejos de cualquier oposición, conviven en las funciones psíquicas y en las instituciones sociales:

En nombre del deseo de seguridad absoluta se destruyen ciudades, se quema y descuartiza vivos a civiles inocentes y generaciones enteras se vuelven rencorosas y resentidas (...) El vino de Dionisio consuela y engaña a la vez, proporcionándonos esas ilusiones narcóticas denominadas ideologías (...) El terror tiene usos civilizados, pero al igual que el superyó freudiano, siempre corre el peligro de desmadrarse. Igual que sucede con un tigre, nunca se puede domesticar del todo.³¹

Si se olvida que el lugar de hombres y mujeres está entre las bestias, dice Eagleton, negaremos nuestra condición de criaturas animales y nos veremos expuestos al atroz orgullo de una razón apartada del cuerpo y la pasión³². En este reconocimiento de lo que hace al humano se halla una pista para la comprensión de la figura del chivo expiatorio y de la pena en tanto trato sacrificial. El acto de castigar, aun en su crueldad, siempre se afana por ganarse el afecto y el amor del público y se pierde, en cambio, por descrédito en el exceso³³. De allí la tendencia del terror punitivo a la clandestinidad y al olvido.

En el mecanismo psicológico e institucional del *terror sagrado* la figura del sacrificio y del chivo expiatorio no faltan en la hipótesis de Eagleton. Como otros antes que él, señala que en culturas religiosas el procedimiento violento tiene por fin aplacar a un dios despiadado "a quien se soborna con la esperanza de que nos libre de su cólera"³⁴. Esta práctica sacrificial es tan moderna como antigua. Al igual que sucede en el sacrificio de la sociedad arcaica, "el bien debe ser arrancado del mal". Es lo que Georges Bataille denomina, en *La parte maldita*, "creación mediante

³¹ Ibid., pp. 25 y 26.

³² Ibid., p. 29.

³³ MOORE, B., *La injusticia: bases sociales de la obediencia y la rebelión*, ob. cit., p. 36.

³⁴ EAGLETON, T., ob. cit., p. 149.

la pérdida"³⁵. Como crítico literario que es, compara el sacrificio con la estructura interna de la tragedia porque se hace de un pedazo de vida maldita, humilde o despreciable algo especial y poderoso. Recuerda el rito anual de las Targelias en la antigua Atenas, según el cual la corrupción que la ciudad había acumulado en forma intolerable se purgaba de forma ritual. Se escogen dos chivos expiatorios entre los más indigentes y desgraciados, sacados de prisión en algún caso o recurriendo al chivo profesional de la misma condición que la ciudad mantenía, se los castigaba o mataba persiguiendo en la crueldad un goce purificador que regeneraba la ciudad. Atenas recurría a chivos como víctimas redentoras que absorben impurezas y conflictos sociales, por eso la ambigua función de santos y malditos, donde la destrucción se transforma en algo fértil para todos³⁶. Compara la solución sacrificial con procedimientos punitivos de higiene pública, pero advierte que en la modernidad el goce momentáneo que ofrece el trato sacrificial no tiene equivalente frente a las consecuencias que resultan de sepultar en el olvido las condiciones que lo producen. No es improbable que la pena sacrificial sea la técnica más efectiva que la sociedad —de iguales y de clase— encontró para esconder la pregunta por los conflictos y el desvalimiento humano, porque parece no haber dudas sobre la continuidad paleolítica en el sacrificio civilizatorio. Walter Burkert, en su estudio sobre el origen salvaje del sacrificio griego, encuentra que la tragedia (*tragodía*) tiene en su base un rito arcaico de sacrificio del macho cabrío (*tragodoi*) que perseguía destruir una vida para salvar la de todos como medio tradicional para superar cualquier forma de crisis social (hambunas, epidemias, guerras). Los ritos de sacrificio rozan los cimientos de la existencia cuando se rompen los límites y se fuerza la mirada al abismo.³⁷

³⁵ BATAILLE, G., *La parte maldita*, ob. cit., p. 30.

³⁶ Ibid., pp. 150-152.

³⁷ BURKERT, W., *El origen salvaje. Rito de sacrificio y mito entre los griegos*, ob. cit., pp. 38 y 70.

1. Historia y etnografía

En los años cuarenta del siglo XVI, en su *Historia general de las cosas de Nueva España*, Bernardino de Sahagún describe como etnógrafo un sacrificio azteca en estos términos:

Después de arrancarles los corazones y de verter su sangre en una vasija de calabaza, que recibía el dueño del hombre sacrificado, echaban a rodar el cadáver hacia debajo de los peldaños de las pirámides. Venían a descansar sobre un pequeño cuadrilátero inferior. Allí, algunos ancianos, a los que llamaban *Quaquacuitlin*, lo cogían, lo sostenían y lo llevaban al templo tribal, donde lo descuartizaban y lo dividían para comérselo.¹

Este espectáculo se ofrecía una vez al día durante todo el año; los protagonistas eran prisioneros de guerra, criminales, mujeres jóvenes y niños; funcionarios del estado alimentaban y complacían la demanda de reyes y dioses para garantizar la existencia del mundo azteca. Pero los cronistas españoles no respiraban en Tenochtitlán un aire diferente al de la vieja Europa. Conocieron en su época procedimientos sacrificiales igual de cruentos, administrados también por jueces y sacerdotes. Descubrieron una sociedad de la que podían comprender casi todos los aspectos en términos de su propia experiencia como europeos: esclavitud, servidumbre, pobreza, reyes, magistrados, ciudades, caminos, comercio, agricultura y también sacrificios punitivos. Se estima que en los centros ceremoniales aztecas por año se enviaban 15.000 personas a la muerte, mientras que en Europa, entre los siglos XV y XVII, entre 200.000 a 500.000 eran

¹ DE SAHAGÚN, B., *Historia general de las cosas de Nueva España*, ob. cit., p. 3.

declaradas culpables de brujería, torturadas y quemadas por acusaciones de crímenes contra la religión, la humanidad y el Estado: pacto con el diablo, reunión ilegal en aquelarres, copulación con incubos y súcubos, robar, comer niños, provocar granizadas, destruir cosechas². Un crítico contemporáneo de la caza de brujas, Johann Matthäus Meyfarth escribió que daría una fortuna si pudiera desterrar el recuerdo de lo que había visto en las cámaras de tortura:

He visto miembros despedazados, ojos sacados de la cabeza, pies arrancados de las piernas, tendones retorcidos en las articulaciones (...) He visto cómo el verdugo azotaba con el látigo y golpeaba con varas, apretaba, cargaba pesos, pinchaba con agujas, ataba con cuerdas, quemaba con azufre, rociaba con aceite (...) puedo atestiguar cómo se violaba el cuerpo humano.³

La inexistencia histórica de una guerra de todos contra todos no prueba que la pena pública proviene del sacrificio salvaje que la civilización generaliza. Más bien por ello quedaría huérfana de origen. Pero cuando razones y sentimientos que movilizan castigo y sacrificio se emparentan puede especularse un origen común e indiferenciado. En ambos casos el principio regulatorio recae en el trato cruel en perjuicio de alguien o grupo humano vulnerable para que exista sociedad. Nunca se esperó encontrar pruebas en un terreno diferente al de las creencias y afectos que giran en torno al trato cruel que describe la etnología del sacrificio, la sociología del castigo o el derecho penal. Por ello fue una sorpresa encontrar en el ámbito de la investigación estética una prueba directa de la íntima relación de la pena con el sacrificio a través del estudio de imágenes del México colonial. Lo que está oscuro en el comienzo de la historia de la pena se ilumina con dibujos nativos que retratan en mapas la picota y la horca española como antes de la conquista lo habían hecho con las plataformas de sacrificio. No sólo eso, los sitios de la muerte se

² BURUCÚA, J. E., *Sabios y marmitones. Una aproximación a la modernidad clásica*, ob. cit., p. 62 y ss., ZAFFARONI, E., *La palabras de los muertos*, ob. cit. p. 24 y ss.

³ HARRIS, M., *Vacas, cerdos, guerras y brujas*, ob. cit., p. 230.

superpusieron físicamente unos con otros. Los conquistadores levantaron horcas y picotas sobre plataformas de sacrificio. El punto de vista indio y el español se reconocían en instituciones comunes. Con todas sus diferencias, eran sociedades de estado, conocían reyes, verdugos, castigos, jueces, clases sociales, campesinos pobres y nobles guerreros, comerciantes, empresarios y religión. También la iglesia española se edificó sobre la ruina de templo azteca. Todo esfuerzo por distinguir sacrificio de pena pública se viene abajo especialmente si lo único que sostiene la diferencia es la perspectiva racionalista. Cuando se acepta que la ejecución sacrificial como la punitiva ofrecen vidas para salvar la sociedad, el dedo etnocéntrico apunta al salvaje irracional, porque su violencia no es en respuesta de un crimen; en consecuencia son instituciones no sólo diferentes sino que una es evolutivamente superior a la otra. Habría razón en ello únicamente si se ignora que el sacrificio humano en la sociedad de iguales es marginal y en la sociedad de clases esta solución es de aplicación masiva y si además se pasa por alto otros dos datos de realidad: la masacre estatal como fenómeno eminentemente punitivo y la selectividad punitiva fundada más en las condiciones de vulnerabilidad que por la ocasión de delitos. De cualquier modo, las primeras impresiones de españoles e indígenas dicen otra cosa: desde el primer contacto se reconocieron por sus sitios de la muerte, unos y otros vieron indistintamente en los andamios de cráneos el lugar de la horca y la picota. En ambos casos se hacía sufrir, se mataba y mostraban restos humanos para bien de la sociedad. Las imágenes de los mapas nativos muestran una fusión física entre espacio para la muerte indígena y civilizado⁴.

Podrán encontrarse diferencias en los distintos escenarios del sacrificio punitivo, pero no debe subestimarse lo que tienen en común: a) se generalizan en sociedades con autoridad punitiva, b) la selectividad en la obligación de hacer sufrir está enfocada sobre grupos vulnerables de la población, c) la creación por parte de la autoridad de un estereotipo de persecución como amenaza o peligro absoluto, d) la pena contra la

⁴ BLAINE, E., *Tzompantli, horca y picota. Sacrificio o pena capital*, ob. cit., p. 41

víctima sacrificial pacifica sentimientos de malestar que tienen origen en causas reales, pero que el imaginario social atribuye al estereotipo. No hubo ni probablemente pueda existir sociedad estatal que no recurra a procedimientos sacrificiales para asegurar el bienestar del pueblo, proteger la sociedad contra el hundimiento en el caos o garantizar la estabilidad normativa de la autoridad. Sin importar que la amenaza tenga origen en sentimientos de desvalimiento frente a la enfermedad, la catástrofe natural, la crisis económica o el crimen, siempre habrá en la sociedad de clases el recurso disponible de población vulnerable para martirizar y regenerar creencias o ilusiones. Igual que en el caso del crimen común, la selectividad punitiva contra herejes y brujas rara vez amenaza a grupos o personas de rango social muy estimados. Cuando alguna vez el sacrificio rozaba los nombres de gente respetada, jueces, sacerdotes o brujos —como en la sociedad salvaje—, perdían la confianza del pueblo y se ponían en peligro. El significado práctico en todo trato sacrificial consiste en un desplazamiento de responsabilidad hacia demonios imaginarios con forma humana.

Toda práctica punitiva comunica con algo sobrenatural⁵, como en la expresión común que dice que no hay bien que por mal no venga. Por eso no es sorpresa que Juan Bodino, el jurista y magistrado francés autor de los *Seis libros de la República*, rabioso creyente en los poderes de la bruja, haya sido en su época el más insistente activista a favor de la ejecución de mujeres como razón de estado. Un texto de 1563 escrito por el médico Johannes Weier, *Sobre las ilusiones de los demonios, encantamientos y venenos*, alertaba; por primera vez, que la mayoría de las acusadas de brujería no eran sino pobres dementes a las que correspondería curar por medio de la medicina. Mereció de parte de Bodino una respuesta categórica en *La demonomanía de los brujos*. En realidad, se sabe que este panfleto a favor del fortalecimiento de la autoridad punitiva del príncipe, *ad usum principis*, constituye una elaboración de un sistema falso a sabiendas, una especie de razón clínica con el único objeto de que el "complejo satánico"

⁵ VERNANT, J. P., *Mito y religión en la Grecia antigua*, ob. cit., p. 49.

sea creído por la población⁶. La quema de mujeres no evita un mal inexistente pero para la razón de Estado es importante que esa creencia exista en la población. Un siglo después, en el momento en que la fiebre sacrificial en Europa comienza a mostrar signos de agotamiento, se liberan energías reformadoras que estuvieron latentes durante todo el período. En 1631 el jesuita Friedrich Spee publica *De la prudencia en materia criminal o de los procesos en contra de las brujas*, donde se exponen sistemáticamente reparos contra la conjura demoníaca. En 1671 el capuchino Jacques d'Autun escribe *La incredulidad sabia o la credulidad ignorante acerca de los magos y los brujos*. Para la época en que publica Spee, el parlamento de París, alarmado por la corrupción y los abusos, instituyó en todo el reino la apelación automática en todos los procesos por brujería hasta que por una intervención directa del rey se resuelve que los tribunales deben aceptar la idea de la falsedad implícita en la noción de crimen de brujería; así se convierte —bajo Luis XIV— en delito de impostura, a instancia de Colbert⁷.

A diferencia de la sociedad azteca, la historia europea de los siglos XI a XVII cuenta con suficientes documentos persecutorios de autoridad en los que judíos, herejes, leprosos, homosexuales masculinos y brujas fueron clasificados como enemigos de la sociedad y sometidos a trato sacrificial con el objeto de fortalecer sentimientos populares en favor de la autoridad y el orden jurídico. En cada caso se construyó un mito en cuya base figura un estereotipo de vulnerabilidad como fuente de contaminación y peligro, en tanto el trato punitivo se justificaría en la fuerza contraria de defensa social⁸. Entre aztecas y contemporáneos europeos el espectáculo de la economía sacrificial sobre un grupo reforzaba la unidad del resto en términos de subordinación a un centro de autoridad.

⁶ BURUCÚA, J. E., ob. cit., p. 65 y ss.

⁷ Ibid.

⁸ MOORE, R. I., *La formación de una sociedad represora. Poder y disidencia en la Europa occidental, 950-1250*, ob. cit., p. 121 y ss.

Tanto el ensayo *Sobre el sacrificio*, de Henri Hubert y Marcel Mauss, como *La rama dorada*, de James Frazer, se valen de casos específicos del México antiguo para formular una teoría general sobre el sacrificio humano con repercusión en el pionero estudio mesoamericano de Konrad Theodor Preuss⁹, quien, por primera vez, establece un vínculo entre sacrificio y pena en la sociedad azteca, tesis que un siglo después retomaría Michel Graulich¹⁰. Para este último todo el sistema sacrificial tiene por propósito aniquilar rivales internos y externos. Que la práctica punitiva incluyera además de cautivos de guerra infractores condenados sirvió como "una confirmación más del hecho de que la muerte sacrificial es expiatoria"¹¹ y para inferir que los perpetradores perseguían en estos impresionantes ritos ideales de cohesión social, como espera toda autoridad de la pena pública. Con ello se pone de resalto una característica que se señaló para los sacrificios de brujas y de criminales comunes durante el feudalismo y el Antiguo Régimen europeo: la tendencia de la corporación punitiva a encontrar en esta práctica de exterminio una carrera de prestigio, promoción y enriquecimiento. Aunque el sacrificio humano entre los aztecas se expresa en el mito como en el ritual en términos estrictamente religiosos, no faltan trabajos que destacan su función política en la estratificada sociedad teotihuacana. El arqueólogo japonés Saburo Sugiyama¹² estableció la relación entre la práctica de sacrificios humanos y la entronización de un poderoso monarca en la pirámide más importante de Teotihuacan. En el mismo sentido, la etnóloga Yolotl González Torres no sólo señala el carácter de dominación y de sujeción sobre los súbditos que llegó a simbolizar la práctica del sacrificio humano entre los mexicas, sino que afirma que la mayoría

⁹ PREUSS, T. K., *Der Ursprung der menschenopfer in Mexico*, Globus, 1904, vol. 86, núm. 7, pp. 105-119, citado en LÓPEZ LUJÁN, L. y OLIVIER, G., *El sacrificio humano en la tradición religiosa mesoamericana*, ob. cit., p. 21.

¹⁰ GRAULICH, M., *Le sacrifice humain chez les Aztèques*, París, 2005, p. 203, citado en OLIVIER, G., *Historia Mexicana*, ob. cit., pp. 287-301.

¹¹ *Ibid.*

¹² SUGIYAMA, S., "Sacrificios humanos dedicados a los monumentos principales de Teotihuacan", en LÓPEZ LUJÁN L. y OLIVIER, G., ob. cit., p. 79 y ss.

de los sacrificios masivos se efectuaban por motivos políticos, con ejemplo en la consagración del templo mayor en 1487¹³.

2. Sacrificio constituyente

Lévi-Strauss, todavía en la década del sesenta del siglo pasado, se sorprendía que la historia de las religiones y también la etnología a través de la influencia de Frazer, especialmente con *Totemismo y exogamia* de 1910, siguiera viendo en el totemismo el origen del sacrificio, porque para el creador del estructuralismo antropológico pocas instituciones primitivas son más contrastantes e incompatibles. En las sociedades segmentarias cada clan lleva el nombre de un animal o vegetal sobre el cual podía o no practicar alguna forma de sacrificio, por ejemplo, el del perro entre los iroqueses o el buey entre los *nuer*. Pero ni en uno ni en otro caso, perro o buey sirven de epónimos a ningún clan, de modo que el sistema de sacrificio es independiente de las afinidades clánicas o totémicas. Sobre todo, dice Lévi-Strauss, porque hay otra razón que hace que estas dos instituciones sean mutuamente excluyentes. Si se admite que en los dos casos existe una afinidad entre un hombre y un grupo de hombres, por una parte, y un animal o un vegetal, por otra, está claro que en el caso del totemismo ninguna otra especie o fenómeno natural puede reemplazar al epónimo. Si se es miembro del "clan oso" no se puede pertenecer al "clan águila". En el caso del sacrificio ocurre lo contrario. Aunque cosas distintas estén destinadas a la divinidad, el principio que lo rige es el de la sustitución. A falta de la cosa prescripta, otra puede cumplir con la meta que el sacrificio se persigue. En el sacrificio, sea expiatorio o de comunión, lo que destruye el sacrificante como víctima es un medio con objeto de desencadenar una satisfacción compensadora que colme la necesidad para la cual el sacrificio es instituido¹⁴. El totemismo, en

¹³ GONZÁLEZ TORRES, Y., "El sacrificio humano: poder y sumisión", en LÓPEZ LUJÁN L. y OLIVIER, G., ob. cit., p. 397 y ss.

¹⁴ LÉVI-STRAUSS, C., *El pensamiento salvaje*, ob. cit., p. 323.

cambio, es un sistema clasificatorio, universal que codifica un régimen de parentesco exogámico con sentido en la alianza y el favorecimiento al intercambio social¹⁵. Incluso los paralelos y analogías que encuentra el pensamiento humano en las palabras "coger" y "comer" tampoco sirven para fijar más que metafóricamente una relación entre codificación de la exogamia y prohibiciones alimentarias que se observan, por ejemplo, entre los *tikopia* de Oceanía o entre los *nuer* del África. En lengua *yoruba*, "comer" y "casarse" se expresa con un único verbo, uso simétrico al francés que aplica el verbo "consumar" al matrimonio y a la comida. En la península del Cabo York, para los *koko yao* una misma palabra significa "incesto" y "canibalismo", que son formas hiperbólicas de la unión sexual y del consumo de alimentos. Si la ingestión del tótem es una forma de canibalismo, parece fácil comprender el castigo reservado a los infractores por su violación a la prohibición alimentaria. Al respecto, cita el caso de los aborígenes de Australia, que se comen en el seno del grupo totémico al hombre que ha cometido el crimen de llevarse a una mujer prohibida por la ley de exogamia. Pese a estos lugares comunes, para el sabio francés el lazo que hay entre las dos instituciones no es causal sino simplemente metafórico, como se piensa también hoy en día la relación sexual y la relación alimenticia¹⁶.

La genialidad de Freud no alcanzó para sortear el aire de prejuicio evolucionista de las ciencias naturales y sociales de la época. En su interés por las prohibiciones tabú, especialmente el horror al incesto de los salvajes, al que creyó carente de toda fundamentación y de origen desconocido, supuso un antecedente infantil en la historia psíquica del hombre moderno y un rastro primitivo observable clínicamente en la neurosis obsesiva¹⁷. Con numerosa información etnográfica extraída de la monumental obra de Frazer, se topó con el sacrificio de reyes caídos en desgracia y con el destino igualmente trágico de guerreros cautivos.

¹⁵ *Ibid.*, p. 145.

¹⁶ *Ibid.*, p. 158.

¹⁷ FREUD, S., *Tótem y tabú*, en *Obras completas*, ob. cit., T. XIII, p. 27.

El sacrificio al que mayor atención dio fue al del *padre de la horda primordial*, como resultado de su interés en la prohibición universal del incesto, al que consideró el primer código penal de la humanidad por el severo régimen de penalidad con el que se castigaba su transgresión. Según Freud, "en Australia el castigo corriente por mantener relación sexual con una persona de un clan prohibido es la muerte (...) aunque en algunos casos, si logran eludir la captura durante cierto tiempo, puede perdonárseles el agravio"¹⁸. No será esta la única vez que Freud se vio obligado a realizar audaces hipótesis sociológicas para explicar lo que debe el padecimiento psíquico a las reglas que hacen funcionar la sociedad. Lo hizo con las mismas imágenes antropológicas que están en los fundamentos de la teoría política moderna. Se le atribuye "a los pueblos salvajes y semisalvajes una crueldad sin inhibiciones, de la que estaría ausente el arrepentimiento"¹⁹. Freud se equivocaba al atribuir el origen de la neurosis moderna al momento en que aparece el primer código penal primitivo para prevenir el incesto. Sobre la idea que tomó de Robertson Smith, decía que en la base del sistema totémico de parentesco había una ceremonia sacrificial; valiéndose de ella y del concepto de horda primordial darwiniana, establece como "ficción necesaria" que el primer banquete totémico se produce con el sacrificio que celebra la liga de hermanos contra un padre amado y tiránico. Con "esta hazaña memorable y criminal"²⁰ tuvieron comienzo las organizaciones sociales, las limitaciones éticas y la religión.

Los hermanos odiaban a ese padre que tan grande obstáculo significaba para su necesidad de poder y sus exigencias sexuales. Tras eliminarlo (...) nació una conciencia de culpa (...) y el muerto se volvió aún más fuerte de lo que era en vida, todo esto tal como seguimos viéndolo hoy en los destinos humanos. Lo que antes había impedido

¹⁸ *Ibid.*, p. 14.

¹⁹ *Ibid.*, p. 42.

²⁰ *Ibid.*, p. 144.

con su insistencia, ellos mismos se lo prohibieron ahora en la situación psíquica de la *obediencia de efecto retardado*²¹.

Esta hipótesis no es diferente a las imágenes antropológicas que están en la base de la doctrina política y jurídica clásica que siguen gravitando en los fundamentos del derecho penal contemporáneo a través de la ficción del contrato social. Con la hipótesis etnológica de una anarquía fraticida²² se propone que fue el sentido práctico lo que determinó prevenir, con la norma penal del incesto, futuras violencias que hacen imposible la sociedad. Pero la antropología establecerá, a partir de Lévi-Strauss, que la relación de parentesco es un artificio que inventan los salvajes. Cada sociedad, a su manera, universalmente, establece la prohibición del incesto con fin práctico, no para evitar una anarquía fraticida, que está en el imaginario etnocéntrico, sino para posibilitar alianza e intercambio social. No hay en la base del incesto una norma sacrificial, como especularon Freud y la antropología evolucionista de su época. No hay ley penal primitiva contra el incesto que pueda presentarse como la prehistoria del sepultamiento del complejo de Edipo. Desde el punto de vista antropológico, la represión del deseo sexual incestuoso se instituye más por lo que posibilita por medio de un complejo sistema de normas de intercambio que por lo que priva a través de una regla de prohibición sacrificial de dudosa existencia entre los salvajes. Si el interés predominante de la antropología y de los estudios etnográficos estuvo dominado en gran parte del siglo XX por la problemática del parentesco, ello se debió al interés por las reglas con la que los salvajes organizaban sus relaciones exogámicas en términos de ventajas sociales, demográficas, económicas y ecológicas. Esta inflación sobre los estudios de parentesco fue precipitada al reconocerse la importancia decisiva del trabajo de Lévi-Strauss, en el cual establece que la regla de parentesco, que no se limita a la familia biológica, universalmente codifica la prohibición del incesto, y puede considerarse, con la invención del lenguaje,

²¹ *Ibid.*, p. 145.

²² *Ibid.*, nota 50.

los logros que permitieron el salto de la naturaleza a la cultura.²³ Que la cultura humana sea anterior a la autoridad y a la ley penal es inquietante para los fundamentos de la doctrina penal moderna y contemporánea. La tesis del tabú sacrificial en relación con el incesto hoy sólo conserva un valor histórico. En el camino se descubre otro tipo de convención social, diferente a la punitiva, la que regula la exogamia entre grupos humanos y posibilita la vida mucho antes de que se tenga noticia del Estado²⁴.

Las imágenes antropológicas de su época hicieron suponer a Freud que en la base del horror al incesto se hallaba un sacrificio del padre tiránico de la horda primordial. De todos modos, el error no le impidió descubrir en la observación clínica algo fundamental para el análisis del padecimiento psíquico y la vida anímica que atribuyó al sacrificio primordial como herencia arcaica: que en la obediencia a la regla exogámica siempre hay una renuncia o represión a lo pulsional como fuente inconsciente de angustia, culpa y autopenalización. Por causa de esa renuncia no hace falta código penal de adultos que reprima con castigo sacrificial una pulsión incestuosa. Basta para ello que el niño introyecte penosamente una amenaza de castración de los progenitores o de cualquier otra autoridad y una nueva instancia psíquica inconsciente, el "superyó", se convierta en heredera del complejo edípico en tanto defensa punitiva contra toda fantasía incestuosa. El padre representa para el niño su ideal de "yo", pero a la vez se eleva a obstáculo de sus deseos: "así como el padre debes ser" y "así como el padre no te es lícito ser". Cuanto más intenso es el complejo de Edipo y más rápido se produjo su represión, más riguroso devendrá el imperio del "superyó" como conciencia moral y también como sentimiento inconsciente de culpa sobre el "yo" que tantas repercusiones

²³ LÉVI-STRAUSS, C., "Reflexiones sobre el átomo del parentesco", en *Antropología estructural...*, ob. cit., p. 82 y ss. CLASTRES, P., *Investigaciones en antropología política*, ob. cit., p. 169.

²⁴ HARRIS, M., *Introducción a la antropología general*, ob. cit., p. 420; CLASTRES, P., *Sociedad contra Estado*, ob. cit., p. 56.

tendrá en la vida anímica adulta²⁵. La severidad punitiva del "superyó" no subroga ninguna ley sacrificial arcaica, tampoco en el caso del incesto. Malinowski, mientras estuvo en las Trobiand, conoció un único caso de incesto que terminó trágicamente. Un joven había quebrantado la regla de la exogamia con la hija de la hermana de la madre.

[Esto era sabido] desde hacía cierto tiempo (...), pero no se había hecho nada hasta que un pretendiente despreciado por la muchacha, y que por lo tanto se consideraba personalmente agraviado, tomó la iniciativa. Este rival había amenazado con usar magia negra contra el joven culpable, pero esto no había surtido ningún efecto. Entonces una noche insultó al rival en público y lo acusó de incesto ante la colectividad, lanzándole ciertos epítetos intolerables para un nativo. Para el infortunado joven sólo había un remedio, un solo modo de escapar a la vergüenza. A la mañana siguiente se atavió y adornó con sus galas de los días festivos, subió a un cocotero y se dirigió a la comunidad hablando desde las hojas del árbol despidiéndose de ellos (...) y lanzó una acusación velada contra el hombre que le había empujado a su muerte, sobre el que ahora los miembros de su clan tenían el deber de vengarle. Luego, según la costumbre se lamentó ruidosamente, saltó del cocotero que tenía unos veinte metros de alto y se mató en el acto. A todo esto siguió una lucha dentro del poblado en la que su rival fue herido.²⁶

Entre los indígenas de Trobiand no sólo no había castigos sacrificiales para el incesto sino que el mismo era tolerado mientras no tomara estado público, y sólo de la exposición a la vergüenza podía resultar un destino trágico o gravoso, lo que generalmente se producía por efecto de sugestión y creencia en castigos sobrenaturales. Malinowski descubrió que la violación de la exogamia no es un caso raro ni mucho menos y que la opinión pública se muestra indulgente aunque decididamente

²⁵ FREUD, S., *Psicología de las masas y análisis del yo*, ob. cit., p. 99; *El yo y el ello*, ob. cit., p. 36; *El sepultamiento del complejo de Edipo*, ob. cit., p. 181; *Esquema del psicoanálisis*, ob. cit., pp. 187-194.

²⁶ MALINOWSKI, B., ob. cit., p. 94 y ss.

hipócrita. Si el asunto se lleva a cabo fuera de la mirada de terceros, con cierto decoro, y si nadie en particular suscita dificultades, la opinión pública murmurará pero no pedirá un castigo severo. Si por el contrario, se produce escándalo, todo el mundo se volverá contra la pareja culpable, y por el ostracismo y los insultos, uno de ellos o los dos podrán ser inducidos al suicidio²⁷. En fin, parece no haber sacrificio fundante como origen arcaico del padecimiento neurótico, mucho menos para instituir la sociedad.

3. Destruir para reafirmar la sociedad

En el mismo año en que Alfred Métraux, amigo de Georges Bataille y discípulo de Marcel Mauss, asume la dirección del Instituto de Etnología de Tucumán (Argentina), publica en 1928 su tesis, defendida en la Sorbona, sobre la religión de los *tupinambá* y sus relaciones con otras tribus *tupí-guaraní*, basándose en observaciones que hicieron cronistas franceses del siglo XVI en la costa brasileña²⁸. Si estudia el sacrificio antropofágico en la cultura *tupí*, no es para resaltar un arcaísmo salvaje y cruento, sino para comprender de la observación del pasado las instituciones de poder de su época. Lo que se conoce como monopolio de violencia legítima a través de pena pública no sería superación o progreso sino, al contrario, una traducción moderna del trato sacrificial primitivo con el que los *tupí* reafirman su autoridad sobre el enemigo vencido, muerto y comido.

El objetivo de los *tupinambá* en la guerra es capturar prisioneros, "mostraban de antemano esa intención porque llevaban consigo sogas enrolladas alrededor de sus cuerpos". El cautivo pertenece al hombre que lo ha vencido. Los prisioneros heridos son ultimados y comidos en el lugar o bien llevados a la aldea. La expedición victoriosa hace su entrada

²⁷ Ibid.

²⁸ MÉTRAUX, A., ob. cit., p. 5 y ss.

triumfal en la aldea. Las viejas manifiestan su alegría. Los guerreros entregan el prisionero a las mujeres que lo escoltan y lo conducen a una choza en medio de bailes y canciones que sólo se interrumpían para golpearlo e insultarlo. El trato que seguía contrasta con el odio que produce su llegada. Eran libres de ir y venir a su antojo y no se ejerce ninguna vigilancia por la sencilla razón de que el prisionero, por haber sido vencido, deja de pertenecer a su tribu de origen. Si regresara, sus compatriotas no lo dejarían vivo "con mil reproches por no haber tenido valor de soportar la muerte entre sus enemigos"²⁹. El destino trágico del enemigo prisionero está marcado por la exclusión de todo orden. Pero no todo le es negado. Son obligados a trabajar el campo, cazar y pescar para su amo pero pueden tener relaciones sexuales con cualquier mujer no casada que se le entrega sin dificultad. Sin embargo, ningún esclavo se libra del sacrificio ritual y al drama que iba a desarrollarse y le está destinado. La duración del cautiverio puede variar meses y años, en algunos casos hasta casi dos décadas. Apenas se anuncia en la aldea el sacrificio, todo el mundo se pone a trabajar en los preparativos que duran cinco días. Los hombres son los encargados de preparar la maza con que será golpeada la víctima. Atan y encadenan al prisionero "ni más ni menos que como hace un verdugo con un malhechor indecente después de la sentencia de muerte"³⁰. El día de la ejecución el verdugo, empuñando una *macana* con ambas manos, mira a los ojos al prisionero y le pregunta "¿No eres acaso nuestro enemigo? ¿No mataste y comiste a nuestros parientes y amigos? Ahora estás en nuestro poder y serás matado por mí, luego ahumado y comido por todos nosotros". Apenas abatido el prisionero mediante un certero golpe en la nuca, las viejas se abalanzan para recoger su sangre y su cerebro en una calabaza para beberlos calientes. El cadáver es chamuscado al fuego, escaldado, sus miembros cortados. Los trozos son asados sobre el ahumadero y los cuidados culinarios confiados a las viejas. Nada se desperdicia: las entrañas se reservan para los hombres, la lengua para los jóvenes, la piel del cráneo para los adultos y los órganos sexuales

²⁹ Ibid., p. 11.

³⁰ Ibid., p. 21.

para las mujeres, las puntas de los dedos para los huéspedes notables. Ningún rasgo de las costumbres de los *tupinambá*, dice Metraux, ha despertado tanta curiosidad en los antiguos viajeros como este sacrificio antropofágico; cabe suponer que "los *tupinambá* interpretaban ellos mismos la antropofagia como una forma de *vendetta* (...) para obtener una entera satisfacción por la ofensa". Y agrega:

... si tal es la significación que ha cobrado a *posteriori* la antropofagia, no resulta menos cierto que tenía un principio y todavía en el siglo XVI un carácter más elevado y más profundo (...) al convertir a su enemigo en alimento, el *tupinambá* no solamente se apropiaba de su sustancia, sino que también manifestaba su superioridad sobre el adversario.³¹

Para la misma época en que los *tupinambá* sacrifican enemigos para reafirmar su sociedad, Foucault observa que el trato punitivo tiene igual sentido frente al criminal común en tanto enemigo interno. Si la descripción de Metraux hace posible vislumbrar una continuidad de trato sacrificial que se generaliza en la sociedad con Estado, es decir, en la sociedad de conflicto, no debería sorprender que la víctima de un campo concentracionario del siglo XX declare que a los perpetradores genocidas sólo les restó comerse a sus víctimas³². No hace falta señalar que la experiencia de una "cocina del sacrificio" no está ausente en las percepciones de un detenido-desaparecido en el campo concentracionario. Quizás esta impresión le deba más a la experiencia nazi, que no ahorró en encontrar provecho y utilidad del cuerpo de la víctima, como hacía la sociedad *tupinambá* con el enemigo prisionero. Sin embargo, la afinidad punitiva entre antropofagia sacrificial, tortura y ejecución patibularia, horno crematorio o desaparición de enemigos viene dada al resultar modos diferentes con

³¹ Ibid.

³² Declaración prestada por un sobreviviente de un campo de detención tortura y exterminio, el 14 de julio de 2010 en audiencia pública en la causa del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Federal N° 2 de la Ciudad Buenos Aires, causas n° 1668/1663, "Miara, Samuel y otros" y "Tepedino, Carlos Alberto Roque y otros", respectivamente.

los que la sociedad, con o sin autoridad, se reafirma a sí misma por sobre una amenaza intolerable; con la diferencia decisiva, que no puede pasarse por alto, de que la sociedad de conflicto o de autoridad generaliza trato sacrificial sobre grupos enteros de su población, fenómeno imposible en la sociedad salvaje aún en dominio de diferentes formas de sacrificio, incluso humanos.

A diferencia de Foucault, quien ve en la penalidad moderna el pasaje de una autoridad que hace morir y deja vivir a otra en que deja morir y hace vivir, es decir, de un trato sacrificial patibulario a un trato sacrificial de reforma (biopolítica) de enemigos sociales, Metraux, en cambio, plantea que una sociedad (con ejemplo en los *tupinambá* y la experiencia concentracionaria del siglo XX) puede combinar ambas formas extremas de trato punitivo: hacer vivir y hacer morir sacrificialmente. Tiene razón al comparar el rito sacrificial *tupinambá* con el rito patibulario del que es objeto un criminal en el siglo XVIII. Es el que denuncia la ilustración penal como "crimen", de la misma manera a como se hace con el genocidio en la segunda mitad del siglo XX. Por la intensidad emotiva que la descripción despierta, es difícil no evocar el suplicio de Robert F. Damiens con el que Foucault inicia *Vigilar y castigar*³³. A la puerta principal de la Iglesia de París el condenado será llevado y conducido en carreta, desnudo, con un hacha de cera encendida en la mano, de allí a la plaza de Gréve donde se levanta el cadalso. Primero, le serán atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, con la que cometió el atentado contra el rey, será quemada con fuego de azufre; sobre las heridas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente y, a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y troncos consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento. La ejecución de la condena muy poco fue modificada por los sacrificadores. En lugar de cuatro caballos fueron necesarios otros dos para desmembrar las partes pero tampoco fue suficiente, por lo que se debió recurrir al

³³ FOUCAULT, M., ob. cit., p. 11 y ss.

cuchillo para cortar nervios y romper a hachazos las coyunturas. El fuego fue pobre para quemar la piel y al oficial que ejecutaba las maniobras le faltó fuerza para arrancar los trozos de carne que tomaba con las tenazas. Fue más diestro para verter con abundancia la mezcla hirviendo sobre cada llaga. Damiens se contemplaba el cuerpo destrozado y entre gritos pedía al verdugo Samson que continuase, que nada le recriminaba. Su cuerpo siguió agitándose hasta que los caballos se llevaron las partes.

Un fasto sacrificial estetizante, público y multitudinario es el que todavía se conserva en el siglo XIX entre la realeza del estado balinés. No se trataba de un sacrificio punitivo, no se supliciaba ni mataba a ningún criminal, sino a tres siervas del marajá recientemente fallecido, pero, por increíble que pueda parecer, lo que se perseguía no difiere en absoluto con lo que se pone en juego en el sacrificio punitivo. Dramatización pública de una ceremonia en que tres mujeres, en "estupendas incineraciones", eran arrojadas al fuego para reafirmar "las obsesiones dominantes de la cultura balinesa: desigualdad social y orgullo de rango"³⁴. El Estado en el discurso político moderno, según Geertz, no sólo remite a la pareja de ideas asociadas de autoridad y jerarquía. Porque el Estado también condensa otro uso etimológico relacionado con la "pompa, grandeza, arrogancia" que se aprecia en la palabra inglesa *stateliness*³⁵, sobre lo que da cuenta el teatro público sacrificial balinés para refundar la sociedad frente a la muerte de su autoridad divina. Así narra un cronista lo ocurrido el 20 de diciembre de 1847 en la isla:

... uno de esos espantosos sacrificios (...) Los balineses hacía varios años que no tenían la oportunidad de ser testigos de uno de estos horribles espectáculos, un espectáculo que para ellos significaba una fiesta envuelta en olor a santidad (...) las mujeres eran llevadas en procesión (...) las víctimas de esta cruel superstición no mostraban ningún signo de miedo del terrible destino, entonces ya tan cercano. Vestidas de blanco, parcialmente ocultas por su largo pelo negro, con un espejo

³⁴ GEERTZ, C., *Negara. El Estado-teatro en Bali del siglo XIX*, ob. cit., p. 28.

³⁵ *Ibid.*, p. 217.

en una mano y un peine en la otra, parecían intentar simplemente ponerse guapas, como si se tratara de una alegre festividad. El valor que las sostenía en tan horrible situación era sin duda extraordinario, pero nacía de la esperanza de felicidad en un mundo futuro. Creían que en el otro mundo se convertirían de siervas, en esposas favoritas y reinas de su difunto marido. Estaban seguras de que la predisposición a seguirlo al mundo futuro, con alegría y en medio de la pompa y del esplendor, agradaría a los poderes invisibles (...) Alrededor de las engañadas mujeres, estaban de pie sus parientes y amigos. Ni siquiera éstos contemplaban con desmayo los horrendos preparativos, ni trataban de salvar a sus infelices hijas y hermanas de la terrible muerte que les esperaba. Su deber no era salvarlas, sino actuar como ejecutores, puesto que se les confiaba las últimas horribles preparaciones, y finalmente eran ellos quienes enviaban a las víctimas a su destino (...) Se abrió la barandilla del extremo del puente y se empujaba una plancha por encima de las llamas, mientras los asistentes vertían aceite en el fuego produciendo brillantes y refulgentes llamas que se disparaban a gran altura. El momento culminante había llegado. Con pasos firmes y mesurados, las víctimas caminaron por la plancha fatal, por tres veces unieron sus manos y las levantaron por encima de sus cabezas, en cada una de las cuales se había puesto una tórtola, y, entonces, con el cuerpo erecto, se zambulleron en el llameante mar de más abajo, mientras las tórtolas volaban hacia arriba (...) Dos de las mujeres no mostraron ningún signo de miedo, ni siquiera en el mismísimo final, se miraron la una a la otra, para ver si ambas estaban preparadas, y entonces, sin encorvarse, saltaron en picado. La tercera pareció dudar, y disponerse para el salto con menos resolución; por un momento titubeó y luego siguió a las otras, desapareciendo las tres sin proferir un sonido. Este terrible espectáculo no pareció producir ninguna emoción sobre la multitud, y la escena se cerró con música bárbara y disparo de armas de fuego. Fue una visión que jamás olvidarán los que la presenciaron, y que le traía a uno un extraño sentimiento de gratitud por pertenecer a una civilización que, pese a todas sus faltas, es piadosa, y tiende más y más a emancipar a las mujeres del engaño y la crueldad (...) Se debe al gobierno británico el que se haya extirpado esta loca plaga (...) Tareas como estas son las credenciales por las cuales la civilización

occidental hace buenos sus derechos a conquistar y a humanizar a las razas bárbaras y a reemplazar las antiguas civilizaciones.³⁶

La sensibilidad del cronista olvida que no había pasado mucho tiempo de los sacrificios patibularios en Tyburn, cerca de Londres, o en la plaza de Gréve en París y sólo faltaría un tiempo igual para la organización en el centro de Europa de gigantes holocaustos punitivos contra judíos, comunistas, gitanos y enfermos. Pero si se hace a un lado la pasión humanista del observador civilizado no hay duda de que tanto el arte de gobernar balinés como de la monarquía europea del siglo XVIII contemplaban el teatro sacrificial para refundar soberanía, en un caso con motivo de la muerte del rey, y en otro, en razón de que todo crimen se considera acto de parricidio intolerable.

Castigos menos inmediatamente físicos, discreción en el arte de hacer sufrir, juego de dolores sutiles, silenciosos y despojados de ornamentos visibles ocuparán el lugar del teatro callejero sacrificial. Beccaria anticipó tempranamente ese cambio de sensibilidad en la cultura burguesa: "El asesinato que se nos representa como un crimen horrible, lo vemos cometer fríamente, sin remordimientos"³⁷. Lo que comienza a desaparecer durante el siglo XIX es el gran espectáculo de la pena física; se disimula el cuerpo supliciado, se excluye del castigo la teatralidad patibularia del sufrimiento, pero no se abandona el sacrificio de enemigos internos, para lo cual en Inglaterra sirvió una nueva máquina de ahorcar probada y perfeccionada un siglo antes, y en Francia, la guillotina, de la que se obtenía una muerte rápida y discreta. Para esa época el Estado británico aplicaba la pena capital a la mayoría de las agresiones y afectaciones a la propiedad privada en virtud de la *Black Act* sancionada en 1723. Esta ley redactada por el procurador general de la Corona y aprobada por la Cámara de los Comunes con la velocidad de un rayo, como en toda emergencia punitiva, no dejaba acto delictivo sin castigar con pena de muerte.

³⁶ HELMS, L. V., *Pioneering in the far East and Journeys to California in 1849 and to the White Sea in 1848*, Londres 1882, citado en GEERTZ, C., ob. cit., p. 178.

³⁷ BECCARIA, C., ob. cit., p. 259.

Se calcula que entre doscientas o doscientas cincuenta infracciones se sancionaban con esta pena. Sobre este "código de sangre", el más repueado historiador de la legislación inglesa de ese período señaló: "dudo mucho que otro país haya tenido un código penal con tantos castigos capitales como este único estatuto"³⁸. Tanto por su severidad como por el carácter laxo e indiscriminado de su redacción, la ley no tenía precedentes; se la considera un asombroso ejemplo de matanza legalizada sobre población sediciosa y desarreglada, que llevó a otro historiador a sostener que la Inglaterra del siglo XVIII "tenía algo de la cualidad enfermiza de una república bananera"³⁹. Coincidió con la ascendencia de la doctrina de la retribución indiscriminada y cruda donde la *Black Act* fue la base de un "índice ideológico para un amplio cuerpo de leyes basadas en la pena de muerte que permanecieron vigentes hasta los primeros años del siglo XIX"⁴⁰. En lugar del poste de azotes y el potro de tortura, de los controles del señor territorial y del maltrato físico a las vagabundos, los economistas abogaban por la disciplina de los salarios bajos y el hambre, los filósofos de la ilustración por la dulcificación de las penas y la abolición de las ejecuciones. Los abogados, en cambio, defendían la pena de muerte para todo delito contra la propiedad y contra sediciosos, campesinos y obreros⁴¹.

Nunca el castigo deja intacto el cuerpo del prisionero: se lo destruirá con el menor dolor posible en la pena de muerte, se lo forzará al trabajo en la prisión, pero todo castigo sacrificial necesita un suplemento punitivo, racionamiento de alimento, privación sexual, golpe, enfermedad, celda de aislamiento. "¿Qué sería un castigo no corporal?", se pregunta Foucault: "que los castigos en general y la prisión corresponden a una tecnología política del cuerpo, quizás sea menos la historia la que me

³⁸ THOMPSON, E., *Los orígenes de la ley negra. Un episodio de la historia criminal inglesa*, ob. cit., p. 25.

³⁹ *Ibid.*, p. 214.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 222.

⁴¹ *Ibid.*, p. 223.

lo ha enseñado que la época presente"⁴². Entre todas las diferencias que puedan encontrarse en el suplicio sacrificial que practican sociedades con autoridad sobresale un denominador común por encima de cualquier particularidad. Se trata de un ceremonial que tiene por objeto reconstituir la autoridad y el derecho que la infracción pone en entredicho. Cada condena expresa la afirmación del derecho por sobre su violación, así se trate de una ejecución sacrificial o la prisión. Es posible reconocer en el suplicio un exceso y en el encierro carcelario una tendencia a la autolimitación punitiva; de cualquier modo siempre la pena reafirma sobre el cuerpo del condenado la victoria del derecho frente al crimen como un bien para la sociedad. Algo que conocen bien los penalistas es lo distintivo del trato sacrificial en la sociedad con Estado: *en toda infracción hay un crimen de lesa majestad y en toda pena una declaración de que un enemigo del derecho fue vencido por la autoridad*. Rousseau también lo entendía de igual modo cuando observaba que si "la conservación del Estado es incompatible con la vida o la integridad física de su enemigo, es preciso que uno de los dos perezca y, cuando se hace perecer al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo"⁴³. Como lo detectó también Metraux en el sacrificio *tupinambá*, siempre el poder punitivo está acompañado por una manifestación de superioridad, que le es inherente, sobre un enemigo vencido o sobre cualquier figura vulnerable de cuya destrucción o maltrato se espera un bien para la sociedad.

Para la misma época en que Damiens era matirizado y ejecutado en la plaza de Grève, otro teatro sacrificial reafirmatorio de autoridad se reproducía en Cuzco contra una insurrección indígena que anticipó la oleada revolucionaria criolla contra el colonialismo español. El 14 de mayo de 1780 el visitador general de la Audiencia de Lima José Antonio Areche dictó sentencia que penaba de muerte y suplicio a José Gabriel Túpac Amaru en estos términos:

⁴² FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, ob. cit., p. 223.

⁴³ ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, ob. cit., p. 79.

Debo condenar y condeno a José Gabriel Túpac Amaru a que sea sacado a la plaza principal, arrastrado hasta el lugar del suplicio, donde presencia la ejecución de las sentencias que se dieran a su mujer, Micaela Bastidas, sus hijos Hipólito y Fernando Túpac Amaru, a su cuñado Antonio Bastidas y a algunos de los principales capitanes o auxiliares de su inicua y perversa intención o proyecto, los cuales han de morir en el propio día; y concluidas estas sentencias, se le cortará por el verdugo la lengua y después amarrado o atado por cado uno de los brazos y pies con cuerdas fuertes de modo que cada uno de éstas se pueda atar, o prender con facilidad a otras que penden de las cinchas de cuatro caballos; para que, puesto de este modo o de suerte que cada uno de éstos tire de su lado, mirando a otras cuatro esquinas, o puntas de la plaza, marchen, partan o arranquen de una vez los caballos, de forma que quede dividido el cuerpo en otras tantas partes, llevándose éste, luego que sea hora al cerro o altura llamada Picchu, adonde tuvo el atrevimiento de venir a intimidar, sitiar y pedir que se le rindiese esta ciudad, para que allí se queme en una hoguera que estará preparada, echando sus cenizas al aire, y en cuyo lugar se pondrá un lápida de piedra que exprese sus principales delitos y muerte, para memoria y escarmiento de su execrable acción. Su cabeza se remitirá al pueblo de Tinta, para que estando tres días en la horca, se ponga después en un palo a la entrada más pública; uno de los brazos al de Tungasuca donde fue cacique, y el otro (...) para que se ponga en la capital de la provincia de Carabaya, una pierna al pueblo de Livitaca y la restante a la de santa Rosa...⁴⁴

Tampoco en este sacrificio los caballos pudieron contra la resistencia del cuerpo de José Gabriel y el verdugo tuvo que desmembrarlo a cuchillo, haciéndose responsable al corregidor de la ciudad que fue detenido por la falta⁴⁵. Tres años después de la defensa del Protector de Naturales de Cuzco contra la pena de suplicio y muerte impuesta al primo hermano del inca Diego Cristóbal, que fue rechazada, se introducía

⁴⁴ LEWIN, B., *Túpac Amaru en la independencia de América*, ob. cit., p. 118 y ss.

⁴⁵ *Ibíd.*

tempranamente en América el principio ilustrado de humanidad contra la práctica del suplicio sacrificial por vía de la piedad cristiana:

Vuestra señoría se ha servido pronunciar sentencia condenándole a que sea vivo atenaceado con tenazas encendidas y después ahorcado y descuartizado; y aunque es conforme que las resoluciones definitivas (...) no pueden variarse (...) sin embargo, se observa que las sentencias, de esta naturaleza, se ejecutan, en lo principal, de quitar la vida al delincuente con la posible brevedad, practicándose con el cadáver las demás demostraciones de rigor que contienen contra parricidas. Este modo de ejecutar la pena proviene sin duda (...) por el peligro que hay de que el reo pueda caer en la desesperación al tiempo que se le castiga y perder miserablemente su alma. Cuyo riesgo ha procurado siempre evitarse entre nosotros que, como verdaderos católicos, estimamos la salvación de una alma más que lo que vale el mundo⁴⁶.

Son asombrosas las identidades que se descubren entre sacrificios punitivos de sociedades civilizadas y primitivas. Contra enemigos parricidas o delincuentes comunes, disidentes políticos, prisioneros salvajes, el sacrificio punitivo está sostenido en razones y creencias que reafirman con la destrucción de la amenaza la superioridad de una autoridad o de la sociedad frente al infractor. En cualquier caso, una economía expiatoria colectiva liga el sufrimiento y la destrucción del enemigo vencido con el beneficio que se espera para la sociedad. Pero una vez comprobado que la sociedad de autoridad no subsiste si no liberando energía punitiva, no por ello la identidad sacrificial con la sociedad salvaje desaparece aunque en ésta sea notoria su marginalidad.

Si se comparan sacrificios punitivos como los que rodeaban a la realeza divina con los que practica una sociedad igualitaria, las diferencias, por otra parte, obviamente serán muy marcadas, sin que por ello tampoco se pierdan los puntos de contactos que hacen presumir, con suficientes fundamentos, que la pena pública no proviene de la evolución de la venganza sino del arcaico y antiguo sacrificio. La venganza interminable

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 191.

es una "alocada fantasía"⁴⁷ del liberalismo político, porque la etnología demostró que el conflicto interno en la sociedad salvaje está regulado por las mismas normas de intercambio que regulan el conjunto de la relación social primitiva, donde la venganza irrumpe sólo como excepción a la regla, exactamente al revés de como se piensa y practica en la soberanía punitiva moderna.

Selectividad punitiva por vulnerabilidad de personas o grupos y agresión cruenta o destrucción de personas o grupos para beneficio de la sociedad no proviene del régimen de solución de conflictos para el cual la sociedad salvaje estableció la composición y el arreglo. Selectividad y agresión pacificadora tienen en la sociedad primitiva diferentes formas de manifestarse punitivamente, pero encuentran en la sociedad con autoridad el ámbito propicio para que un uso regular de este particular trato punitivo se generalice sobre conflictos inimaginables para la sociedad indivisa. El sacrificio punitivo de la sociedad de iguales es expresivo de un malestar que no es inherente al tipo de entuertos que caracterizará al sacrificio de la sociedad estatal. Es cierto que la sociedad estatal primitiva conoció diferentes formas de sacrificio además del punitivo, como son los casos de los reyes occisos o a plazo fijo cuando sus fuerzas decaen. Lo que no deja de llamar la atención es encontrar que en todos ellos la práctica sacrificial, sea punitiva o no, remita siempre a un malestar subjetivo insoportable ante la muerte o ante la amenaza de un peligro social que se cree inminente. En este sentido, no importa que en una sociedad de cazadores y recolectores como los *guayaqui* el recurso al sacrificio fuera marginal o irrumpiera para compensar una muerte que escapa a toda comprensión. Tampoco importa que el crimen no sea en la sociedad de iguales una fuente de malestar insoportable como lo es para la sociedad de Estado. Pero el sentimiento de malestar que el sacrificio repara es común para cualquier tipo de sociedad como condición que arrastran mujeres y hombres independientemente del modo de organización en que vivan, es decir, por el solo hecho de existir socialmente. Entre todos

⁴⁷ CARRARA, F., *Programa de derecho criminal*, ob. cit., p. 12.

los sentimientos que moviliza el sacrificio el más consciente es el que celebra la reafirmación de la sociedad.

Hay algo más. La sociedad de Estado se organizará para el sacrificio sobre la base de reglas más o menos restrictivas de imputación y responsabilidad individual. No habría reafirmación de la sociedad o del derecho en otro caso. Por cierto que la atribución de responsabilidad entre los *guayaqui* al sacrificar a una niña por una muerte accidental es una salvajada frente a la precisión dogmática del derecho penal moderno, que imputa resultados lesivos únicamente al que pueda atribuírsele el hecho como obra propia y culpable; aunque en este caso tampoco faltan misterios como las imputaciones con base en fines preventivos de la pena o mediante el recurso a la ficción de culpa penal. Por cierto que siempre una limitación al sacrificio punitivo debe ser tenida como hecho positivo que limita los efectos de una pulsión que de otro modo resultaría insoportable, aunque ello está lejos de lograrse si a la culpabilidad penal se la hace recaer en la necesidad estatal de una solución sacrificial. No obstante, que haya más precisión en la imputación del hecho y en la responsabilidad individual que hace más "humana" y "civilizada" la respuesta frente al delito en nada modifica su naturaleza sacrificial, porque siempre en el trato punitivo alguien tiene que padecer sufrimiento organizado para que la sociedad exista. Por eso la distancia que separan las "aberraciones primitivas" del poder punitivo civilizado son más aparentes que reales, no sólo para sus manifestaciones extremas sobre enemigos absolutos, sino, principalmente, para enemigos ocasionales cuyas conductas típicas, antijurídicas y culpables son objeto de trato punitivo únicamente en razón de una selectividad por vulnerabilidad y con el fin de reafirmar el derecho y la sociedad.

Según Frazer, la costumbre primitiva entre los *shiluk* de matar reyes divinos a la primera señal de flaqueza es el remedio sacrificial para compensar un malestar que tenía origen en los peligros que se anticipaban con la debilidad de la autoridad sagrada. Porque al rey no se le puede consentir que enferme o envejezca temiéndose que al disminuir su vigor

el ganado enferme, las cosechas se pudran y los hombres mueran⁴⁸. Algo similar ocurre entre los *dinka*, pueblo pastor en que al "hacedor de la lluvia" no se le permite morir de muerte natural⁴⁹. En Bunyoro el rey debía morir por su propia mano⁵⁰. Parece haber sido una costumbre *zulú* matar al rey tan pronto como le salieran canas y arrugas, o como en el reino *cafre* cuando se acreditaba algún defecto personal⁵¹. Otros reyes morían en tiempo establecido para no esperar signos de decadencia y eran ejecutados violentamente a los nueve años o encontraban sustitutos para morir en su lugar, como narran tradiciones escandinavas⁵². Muchas veces el vehículo que se lleva a la destrucción es un animal como víctima expiatoria. Entre los *dinka*, una vaca sagrada se abandona en el desierto para ser comida por las fieras cuando el país está amenazado por la guerra, el hambre o cualquier otra calamidad⁵³. En cambio, en sociedades estatificadas, en general, la víctima es humana para recordarnos que la vulnerabilidad de grupos enteros es condición de su existencia. El rey de Uganda, para evitar una calamidad que amenazaba, enviaba a una mujer con su hijo marcado por alguna enfermedad a la frontera enemiga y allí se los abandonaba luego de romperles las piernas⁵⁴. En Onitsha, sobre el Níger, para limpiar los pecados del país acostumbraban a sacrificar anualmente a dos personas enclenques que eran compradas en subasta pública por el autor de graves faltas como incendio, robo, adulterio. Así los criminales del país subrogaban en otros y bajo su costa la purificación de los males de la sociedad. Frazer observa que los precursores de la civilización europea no eran ajenos a este trato punitivo sacrificial. En Roma antigua, todos los años el 14 de marzo era llevado en procesión por las

⁴⁸ FRAZER, J., ob. cit., p. 315.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 318.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 319.

⁵¹ *Ibíd.*, pp. 320, 321.

⁵² *Ibíd.*, pp. 323, 327.

⁵³ *Ibíd.*, p. 637.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 638.

calles un hombre vestido con pieles, al que apaleaban hasta expulsarlo de la ciudad, al que llamaban *mamurius veturius*⁵⁵. En Grecia antigua, cuna de la *paideia* occidental, también se estaba familiarizado con víctimas propiciatorias humanas. La práctica era conocida como *la expulsión del hombre*, generalmente un esclavo. Siempre que Marsella, la colonia más preciada de los griegos, era asolada por una plaga, un hombre de la clase pobre era ofrecido para ser expulsado o lapidado. En el caso de los atenienses es conocida la figura del *pharmakon*, que consistía —como se hizo notar— en mantener a expensas públicas unos cuantos seres degradados e inútiles para el momento en que una epidemia o hambre hiciera necesario el sacrificio de dos proscriptos para conjurar males y pacificar ánimos. Los griegos de Asia Menor en el siglo VI a.C. cuando sufrían pestes elegían una persona deforme o repugnante para que asumiera sobre sí los males que afligían a sus vecinos sanos y normales⁵⁶.

En un pueblo sin autoridad y de iguales como los *nuer* el sacrificio no era humano aunque tiene igualmente un carácter expiatorio como todo trato retributivo. Pero entre iguales el propósito sacrificial se sustituye en la figura animal más preciada por un pueblo de pastores: el ganado. Al pueblo *nuer*, a diferencia de lo que ocurre en el estado primitivo, le importa menos el carácter religioso del sacrificio que caracteriza a su régimen de autoridad que el modo festivo de comunión que la ceremonia propicia⁵⁷. Sin embargo, la diferencia más importante no radica en este rasgo profano de la práctica, sino en el hecho de que entre los *nuer* el sacrificio constituye la consumación de un arreglo entre contendientes, mientras que en el estado primitivo el sacrificio humano representa, al contrario, la imposibilidad de cualquier acuerdo. Evans-Pritchard también usa el concepto *vendetta* (*feud*) para señalar el estado de mutua hostilidad que produce un conflicto entre comunidades dentro de una tribu⁵⁸. En caso

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 651.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 653.

⁵⁷ EVANS-PRITCHARD, E. E., *Los nuer*, ob. cit., p. 40.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 168.

de homicidio se produce un estado de *blood feud*, en tanto institución que obliga a una compensación por efecto de un temor que obra como garantía de un acuerdo⁵⁹. Es lo que los historiadores del derecho penal de la alta Edad Media pasaron por alto con la *faida* germánica y de ello exageraron hasta convertirla en el mito de la venganza interminable que impide cualquier sociedad, con el claro propósito de justificar la pena pública sacrificial. Ese estado de *vendetta* de sangre abarcaba disputas por ganado, adulterio, apropiaciones de objetos personales sin permiso del dueño, peleas por derecho al riego en la estación seca. Ningún *nuer* lanza un desafío a otro por cualquiera de estas causas sin estar dispuesto también a aceptar una compensación en la que está interesada toda la parentela y el mismo jefe, que en su condición de tal debe hacer todo lo posible para lograr un acuerdo incluso maldiciendo a los contendientes⁶⁰. Es en la ceremonia de compensación donde con el sacrificio del ganado se sella la paz, pero —como dice Evans-Pritchard— no hay institución que pueda borrar la “hostilidad de los corazones” entre los parientes del muerto. Durante años se evitan en las fiestas para no provocar nuevas peleas. Pero la compensación en el imaginario de este pueblo igualitario tiene, conscientemente, el mismo propósito que la pena pública en un régimen social de autoridad, esto es, evitar que las *vendettas* terminen con la vida de todo el pueblo⁶¹. Por otra parte, en la misma aldea las *vendettas* no se toleran⁶², y entre aldeas vecinas se toleran bastante poco, aunque la cercanía acrecienta los conflictos. Cuando aparece y se instala un estado de ánimo beligerante entre contendientes, contrariamente a lo que señala el mito de la coerción inevitable de la filosofía clásica, nunca un estado de *blood feud* impide que los contactos ordinarios de la comunidad se paralicen. Es importante señalar que la etnología africanista destaca el carácter político del régimen de composición como del estado de *vendetta*. El primero como institución de fusión política y el segundo

⁵⁹ Ibid., p. 169.

⁶⁰ Ibid., p. 172.

⁶¹ Ibid., p. 175.

⁶² Ibid., p. 177.

de fisión: “en la constitución tribal los dos elementos de una *vendetta* son la necesidad de venganza y los medios para llegar a un arreglo”⁶³.

Entre los salvajes el sacrificio raramente tiene lugar con motivo de un conflicto que hoy se calificaría de delictivo, pero cuando ello acontece en la práctica, que entre los *nuer* sólo afecta al ganado, también reafirma la sociedad como en el trato punitivo civilizado. Sobre ésta y otras observaciones etnográficas de sociedades de iguales puede corregirse el dogma largamente afianzado en la doctrina jurídica penal por el cual se afirma que la pena pública tiene su origen en la evitación racional de la venganza mimética. La sociedad primitiva evita la venganza en la composición, que era lo común. En cambio, la sociedad de autoridad toma prestado el sacrificio de los salvajes para destinarlo a todo tipo de conflictos y clausurar con ello, definitivamente, la solución composicional. Pero de cualquier modo, sacrificio primitivo y sacrificio civilizatorio reafirma la sociedad siempre frente a un individuo vulnerable.

Cuando el conflicto se convierte en lesión al soberano, como en las condenas de Damiens y Túpac Amaru, todo delincuente es a la vez parricida, y su muerte sacrificial normaliza el derecho y autoridad puestos en cuestión por el crimen. Se produce así la forclusión civilizatoria de la regla de la composición primitiva. Porque con la civilización no desaparece lo que tiene de sobrenatural la idea de crimen y castigo: alguien tiene que sufrir para que la sociedad pueda reafirmarse en su existencia. La aventura de la pena pública en las sociedades con Estado no comienza como progreso frente a la venganza sino como generalización de la institución más irracional de los salvajes que el estado moderno convierte en estandarte de civilización. Nada de violencia mimética entre los salvajes que tanto preocupó a Hobbes y a los penalistas liberales herederos del terror por la antisociedad. Este cuento bien articulado, como el delirio de un paranoico (idea fija, exaltación maníaca, satisfacción autopunitiva liberadora), cautivó también la mente brillante del fundador del psicoanálisis y lo llevó a decir que el que “viola una prohibición despierta la

⁶³ Ibid., p. 179.

peligrosa aptitud de tentar a otros que sigan su ejemplo (...) todo ejemplo contagia su imitación (...) a consecuencia de lo cual la sociedad pronto se disolvería"⁶⁴. Aunque Freud estaba convencido de que la sociedad civilizada está permanentemente amenazada con la desintegración debido a la hostilidad primaria que se muestran los hombres entre sí, jamás insinuó siquiera que las barreras que debían levantarse para contener esas pulsiones de agresividad debían ser sacrificiales. La pena pública como evitación de la anarquía es el gran mito moderno que todavía tiene energía suficiente para velar afinidades del trato punitivo con el sacrificio expiatorio.

Para calificar la sociedad salvaje como algo diferente a la anarquía que impide toda socialización Evans-Pritchard utiliza la expresión "anarquía ordenada"⁶⁵, concepto al que llega a través del modo en que los salvajes resolvían sus conflictos internos para lo cual crearon la institución del "jefe piel de leopardo". Nunca vio actuar a esta figura rodeada de santidad, pero los *nuer* informaron que, si un hombre roba, la víctima puede pedirle que lo acompañe para exigir devolución o para que utilice sus habilidades como orador persuasivo y obtener una compensación. Su tarea está facilitada porque las indemnizaciones son establecidas por normas consuetudinarias. Se pagan diez reses por una pierna rota o una herida en la cabeza, diez reses por la pérdida de un ojo, dos reses por un diente y por una herida ligera no se paga compensación⁶⁶. Siempre entre los *nuer*, el grado de responsabilidad ante la injusticia y la posibilidad de arreglo dependen de las personas afectadas en la estructura social, sea por la distancia que separa a los contendientes, o la riqueza de la parentela, pero en cualquier caso el "derecho *nuer*" está dominado por la "obligación moral de reparar"⁶⁷.

⁶⁴ FREUD, S., *Tótem y tabú*, ob. cit., pp. 40-41.

⁶⁵ EVANS-PRITCHARD, E. E., ob. cit., p. 200.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 185.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 191.

FANTASMAS GENOCIDAS

1. Irracionalidad salvaje, irracionalidad criminal

Un nuevo elemento del mito de la pena inevitable para que exista sociedad ha de ser tenido en cuenta. Es la atribución de irracionalidad al pensamiento salvaje que alimenta al mito proporcionándole más fuerza. También alcanza al hombre moderno cuando un conflicto despierta estados irracionales que remiten filogenéticamente a una etapa humana inferior dominada por la barbarie o el salvajismo, situación en que la pasión por la venganza desplazaría la razón cultivada en la civilización. El penalismo moderno y contemporáneo nunca renunció a la idea frazeriana de los tres estadios evolutivos de la mente humana: magia, religión y ciencia. Tanto en lo que hace a la justificación de la pena pública como a las reglas de imputación penal por las que a una persona se le atribuye un resultado de conducta como obra propia, la imagen antropológica que domina para diferenciar sistemas de imputación primitiva y civilizada es la de falta en los salvajes de la idea de causalidad y, por ende, de lógica. Un sector de la doctrina del delito contemporánea extiende esta inferiorización psicológica del salvaje al criminal, como antes lo hizo el racismo criminológico¹.

La atribución de pensamiento mágico en las prácticas rituales salvajes —en las que las relaciones ideales se aceptan como reales— fue generalizada por una antropología pasada de moda y aceptada sin reservas por la doctrina penal, aunque la etnografía contemporánea demostrase que el primitivo no se comporta de la misma manera en el resto de sus actividades sociales, económicas o técnicas. No parece que el hombre primitivo haya apelado a la magia para inventar el fuego, el lenguaje, útiles de

¹ ZAFFARONI, E., *La palabra de los muertos*, ob. cit., p. 87 y ss.

producción, normas de intercambio y de incesto, o para domesticar animales y plantas. Como lo entiende Evans-Pritchard, no podría tampoco desligarse el culto a la razón, la patria o el castigo público con la religiosidad o la magia primitiva². Fue el antropólogo francés Lévy-Bruhl quien con más énfasis señaló que a la sociedad civilizada le pertenece una mentalidad civilizada y a la primitiva una mentalidad inferior: una dominada por la lógica y otra por lo irracional, es decir, por una mentalidad *sui generis*. Para Frazer el hombre primitivo cree en la magia porque razona erróneamente, pero en Lévy-Bruhl el salvaje razona erróneamente por determinación de creencias colectivas³. Desde mediados del siglo XX ningún antropólogo acepta estas teorías: aun cuando el salvaje cree que una muerte fue causada por la magia o el embrujo, no excluye que también el primitivo observa y es consciente que a la víctima la partió causalmente un rayo⁴. Conocen la causalidad tan bien como la puede conocer el hombre moderno, sus enormes progresos técnicos lo demuestran, pero opinan que a un hombre el rayo no lo hubiera matado sin que a la vez una fuerza sobrenatural se hiciera presente. Cuando el hombre *guayaquí* sacrifica a su hija como consecuencia de una muerte anterior provocada por un rayo, no ignora el evento causal. Pero algo ocurre en la profundidad insondable del alma humana guayaquí para compensar en la dolorosa pérdida de lo más amado un malestar insoportable que los aqueja como sociedad, quizás sea la angustia ante el desvalimiento de la que habla la psicología profunda. No obstante, antropólogos y juristas vieron en esta práctica sacrificial un evento rodeado de religiosidad, infantilismo, crudeza insensible comparada casi siempre con la animalidad o la imbecilidad, sin advertir que el hombre civilizado no sólo no es diferente en este punto al salvaje, sino que generalizará atribuciones "mágicas" de daños y peligros sociales que amenazan la sociedad durante casi todo el siglo XX, y en respuesta grupos enteros de población vulnerable serán

² EVANS-PRITCHARD, E. E., *Las teorías de la religión primitiva*, ob. cit., p. 75.

³ Ibid., p. 141.

⁴ Ibid., p. 146.

sacrificados punitivamente en beneficio de reparar un malestar no muy diferente en intensidad al que se vive en la sociedad salvaje.

2. El caso argentino (1976-1983)

Uno de esos eventos de sacrificio punitivo civilizatorio en el que no faltan "operaciones mágicas" en la mentalidad perpetradora ni en las órdenes de exterminio son los crímenes de masas cometidos por la dictadura cívico-militar argentina entre 1976-1983. Poder punitivo no reconocido como tal por el derecho penal y la criminología. Con contadas excepciones, el debate crítico de los últimos años sobre el significado de un *derecho penal de enemigo* estuvo lejos de interesarse en esclarecer la naturaleza punitiva de las masacres estatales. Al contrario, por *derecho penal de enemigo* se comprende, o bien una especie de "derecho a la seguridad" definido por la existencia de normas de emergencia que establecen penas para situaciones muy alejadas de cualquier lesividad, o bien la crítica del derecho internacional de los derechos humanos cuando aplica criterios diferentes de perseguibilidad para los crímenes de masas cometidos por autoridad. Sin embargo, entre lo positivo del debate, debe destacarse la revitalización de una valiosa observación formulada por Eugenio Zaffaroni que revolucionó hace unas décadas la doctrina penal en América Latina. Es la importante distinción entre derecho penal y poder punitivo como realidades diferentes y de enormes consecuencias prácticas⁵. En esa diferencia radica la sustancia que alimenta un programa político-jurídico de contención de poder punitivo en sociedad. Al contenido de este programa reductor se lo denomina "derecho penal". Esto no es simplemente volver a un derecho protector de criminales, a un derecho penal como *carta magna* del delincuente. La profundidad del descubrimiento encierra el secreto del poder punitivo como hecho irracional de la política en la sociedad de Estado que hereda y generaliza del mundo salvaje, del cual el jurista tiene que dar cuenta para reorientar el trabajo práctico

⁵ ZAFFARONI, E., *En busca de las penas perdidas*, ob. cit.

de jueces, fiscales y policías. Esta hipótesis revoluciona también el derecho penal porque amplía su horizonte de mirada y con ello se advierte que el campo sobre el que debe trabajar es más extenso. El poder punitivo no se agota ni en la pena para el delito común ni en el universo de leyes penales manifiestas. En sociedad hay un excedente de poder punitivo que el derecho penal convencional no reconoce y que desborda la problemática común del robo, el homicidio o la estafa. Uno de esos casos es el de las masacres sacrificiales punitivas organizadas contra enemigos absolutos estereotipados por la autoridad de Estado.

En la Argentina, desde antes del Golpe de Estado de 1976, perpetradores civiles, militares y de fuerzas de seguridad participaron en el secuestro y tortura de un grupo de población del país definida en normas de exterminio como *delincuentes subversivos*. Las víctimas sometidas a cautiverio en campos de concentración fueron objeto de un plan de aniquilamiento que tenía como propósito destruir a un grupo entero de la población civil nacional mediante graves agresiones tanto físicas como psíquicas, y a través de ejecuciones precedidas por traslados masivos. El plan sistemático de tortura y exterminio fue realizado de acuerdo a normas contenidas en *planes de batalla* que producía el Estado Mayor General del Ejército entre febrero de 1976 hasta el final de la dictadura cívico-militar en diciembre de 1983.

El trato punitivo tiene comienzo con el secuestro del *blanco*, expresión usada en las órdenes de exterminio para identificar al enemigo. Sistemáticamente la persona secuestrada era encapuchada con la misma ropa de cama, si era sorprendida en su casa. Las víctimas eran inmediatamente llevadas a alguno de los más de quinientos campos de concentración que operaron en el país⁶; allí se las mantenía en cautiverio en condiciones de tormento permanente, hasta el *destino final* o su liberación controlada. El cautiverio se podía prolongar por años. Los perpetradores tenían conocimiento directo de la mayoría de las víctimas, no secuestraban ni

⁶ BAYER, O.; BORÓN, A. y GAMBINA, J., *El terrorismo de Estado en la Argentina*, ob. cit., p. 11.

asesinaban indiscriminadamente. Seleccionaban a sus víctimas de acuerdo a la definición de enemigo proporcionada por las órdenes dictadas por los jefes del Ejército, máximas autoridades del país. Identificaban al blanco con anticipación. La tortura sistemática de prisioneros proporcionaba a los ejecutores la identificación de nuevos blancos para secuestrar. En las salas de tortura se obligaba al prisionero a confeccionar una biografía personal —*historia política*, en el lenguaje del plan genocida—; así se confeccionaban legajos de detenidos y organigramas con nombres de personas secuestradas, nombres de personas trasladadas con la indicación *destino final* y nombres de personas buscadas. Los ejecutores operaban en grupo y, según el relato de sobrevivientes, los prisioneros “pertenecían” a su secuestrador. Los sobrevivientes recuerdan *nombres de guerra* utilizados por los perpetradores y otros *destabificados* —generalmente un grupo muy reducido de prisioneros obligados al trabajo esclavo dentro del campo— pueden reconocerlos. No era extraño que el prisionero fuese sacado al exterior para identificar otro *blanco* o para confundir, engañar o atemorizar a la familia de la víctima. El grave sufrimiento físico y psíquico que se impuso a los prisioneros no provino únicamente de la aplicación de picana eléctrica en ojos, vagina, ano, testículos y otras partes del cuerpo. El olor a carne quemada que describen los sobrevivientes explica que los perpetradores llamaran *parilla* a la mesa metálica utilizada para el uso de picana eléctrica y *quirófano* a la sala de tortura. Las golpizas con palos, cadenas, puños y patadas eran permanentes. Sumado a lo aberrante de esas prácticas, las propias condiciones objetivas del cautiverio constituían en sí mismas hechos objetivos de severos y graves sufrimientos: privaciones del sentido de la vista mediante tabiques, de movimientos por el uso de cadenas, falta de alimentación y de atención médica de heridos, privación del sueño y descanso, hacinamiento, convivencia con el sufrimiento de otros prisioneros y hasta de familiares que padecen la tortura. Como el sufrimiento psíquico que automáticamente producía la desaparición en un centro clandestino, todo el universo inhumano de agresiones representó un grave debilitamiento de la salud mental y física de los prisioneros hasta el extremo, en algunos casos, en el que perdían la capacidad de reconocerse a sí mismos.

El último tramo en este proceso punitivo fue la organización sistemática de *traslados* como comienzo de ejecución de homicidios en masa. A diferencia del uso de palabras como *parrilla*, *quirófano* o *leonera*, relacionadas con sentimientos de horror, el término *traslado* –sinónimo de “ejecución”– fue empleado por los ejecutores por su ambigüedad, su sentido a veces inocuo y hasta liberador para la mayoría de las víctimas⁷. Si había un acontecimiento en la cotidianidad concentracionaria que la alteraba profundamente: ése fue el procedimiento de traslado. La tortura se paraliza, la regla de silencio es absoluta. Se los llama por letra y número asignados al prisionero en el momento del ingreso al campo. Forman fila delante de las celdas. Los ejecutores comunican un viaje en avión a *granjas de rehabilitación* en el sur o al norte del país. Los prisioneros son obligados a desnudarse. La ropa se apila en un rincón del pozo. Una inyección los deja semidormidos; finalmente, encadenados, suben al camión que los deposita en una pista de aviación para la “disposición final”. Con cada traslado el campo se vacía, para volver a llenarse con nuevos desaparecidos⁸.

En esta tragedia se pone en circulación un imaginario de relaciones ideales como si fueran reales. Esta magia sacrificial no es sustancialmente diferente a cualquier otra del poder punitivo, genocida o de violencia regulada. En todos los casos, grupos o personas en situación de vulnerabilidad son presentados a la sociedad como el mal que amenaza su existencia, y a la solución sacrificial como defensa. El grupo humano exterminado o gravemente afectado no fue indiscriminado. La sistematización no estaba limitada a la organización burocrática de las ejecuciones y torturas masivas. La organización también alcanzó a una de las características definitorias de las masacres punitivas sacrificiales. Los blancos se identifican de acuerdo con un estereotipo imaginario de enemigo descripto por el conjunto de órdenes secretas de exterminio.

⁷ Sobre las “reglas del lenguaje” en el genocidio nazi, COHEN, S., *Estados de negación*, ob. cit., p. 101.

⁸ Descripción según hechos probados. Cfr. sentencias en las causas n° 1668/1663 ya citadas.

3. Normas penales de exterminio

El plan sistemático de aniquilamiento del grupo nacional subversivo tiene origen en la orden de aniquilamiento del decreto 261 del 5 de febrero de 1975, firmado por la presidente Isabel Perón y José López Rega, que instruye al Comando General del Ejército para actuar en la Provincia de Tucumán “... a efectos de neutralizar y/o aniquilar el accionar de elementos subversivos...” (art. 1). También, por decreto 2772 del mismo año se ordena que la lucha contra el enemigo se extienda a la subversión en todos sus aspectos, al que empuñe un arma contra los “valores occidentales y cristianos” y a todo aquel que por sus creencias y prácticas políticas, sindicales, estudiantiles y docentes o culturales represente una amenaza “atea” y “marxista”. Por esta norma se amplía el campo de aniquilamiento del grupo humano nacional a todo el territorio del país. Un mes antes del decreto civil 261 la superioridad del Ejército Argentino por la directiva secreta N° 333, firmada por el Comandante en Jefe del Ejército Leandro Enrique Anaya, ordenó la implementación, demorada por las autoridades civiles según la directiva, de un plan de aniquilamiento integral contra la subversión para la Provincia de Tucumán con “las ideas básicas para tener en cuenta el planeamiento y ejecución de la campaña”. Pero se ordena a la fuerza que “no debe salirse significativamente de los cauces (constitucionales) actuales de la lucha contra la subversión”. En febrero de ese año se agrega a la directiva el anexo (1) de órdenes. Allí se define a la subversión como enemigo de la sociedad y se establece que “combatir a los enemigos del pueblo se convierte en un imperativo de la hora actual” (orden n° 2). Se declara que los subversivos no serán tratados como prisioneros de guerra ni como criminales comunes, tampoco como prisioneros políticos. Es la primera orden del Ejército en la que aparece de modo inequívoco la cancelación de derechos y garantías. También se resuelve “crear un estado de conciencia pública contra la subversión, caracterizar ideológicamente al oponente y presentarlo como enemigo de la sociedad” (orden n° 1). Finalmente, en la orden n° 9, se considera que la “campaña será ardua y dura (...) sólo podrá trazarse el balance final, a través del tiempo, cuando hayamos logrado que

la subversión no encuentre en el suelo de la patria más refugio que las sombras de la muerte". Las órdenes del anexo 1 están firmadas por el nuevo Comandante en Jefe del Ejército, Jorge Rafael Videla.

La directiva secreta 334 de septiembre de 1975, denominada "continuación de las operaciones en Tucumán" está firmada por Jorge Rafael Videla, Comandante en Jefe del Ejército. En la página 1, la orden señala que "Tucumán no constituye un hecho aislado e independiente dentro del contexto subversivo nacional (...) [Tucumán] es sólo un eslabón de otros que afecta *todos los campos del quehacer nacional*". El documento no puede ser más claro en cuanto a la amplitud del grupo humano nacional enemigo. Se lo encuentra en "todos los campos del quehacer nacional". No se limita ni a los grupos armados ni a los políticos. En el considerando 10 de la página 17, la directiva adopta el término "aniquilamiento" y abandona definitivamente la palabra "neutralizar", que todavía se conserva en los respectivos decretos presidenciales, el 261 y 2772, este último posterior a la directiva 334. Además, esta sucesión cronológica de órdenes civiles y militares muestra que a cada directiva secreta del ejército seguía el correspondiente decreto de la autoridad civil. Debe mencionarse especialmente la Directiva 1/75 del Consejo de Defensa de febrero de 1975 por la que se designa al Ejército como el responsable primario en la dirección de las operaciones contra la subversión (punto 4), se establecen las jurisdicciones para el plan sistemático de aniquilamiento cuya organización en zonas, subzonas y áreas será determinante para la empresa genocida (pp. 7 y 8). Por ella se establece que policía y servicio penitenciario actuarán como elementos subordinados al ejército. También que esta fuerza conducirá el esfuerzo de inteligencia de la comunidad informativa contra la subversión, incluso la Armada prestará el apoyo de inteligencia que le sea requerido por el Ejército (punto 7, b1). El documento cuenta también con un plan secreto de "acción psicológica" firmado por Jorge Rafael Videla como Jefe del Estado Mayor General del Ejército. Este plan define la situación del país bajo un clima colectivo con signos de descreimiento a la autoridad. Alerta que una chispa puede liberar frustraciones contenidas de la población. Considera al enemigo subversivo consecuencia peligrosa de esa frustración y lo identifica con

la "cultura juvenil de izquierda". La subversión, al liberar esa angustia contenida —dice el documento—, se convierte en una amenaza para el "estilo de vida argentino occidental y cristiano". La directiva tiene anexos. El 2 identifica amigos y enemigos de la nación. Los enemigos se determinan por su oposición con las fuerzas armadas, de seguridad, suboficiales y tropa, gobierno nacional, provincial y municipal no infiltrado, iglesia no infiltrada y partidos políticos no marxistas. La directiva 404 del 28 de octubre de 1975 ordenada por el Comandante en Jefe del Ejército Jorge Rafael Videla reitera la organización del ataque sobre la base de las jurisdicciones del plan de capacidades de 1972 para cada una de las fuerzas armadas con las excepciones que allí se mencionan (p. 13). Todo el anexo 8 está dedicado al reparto de jurisdicciones para la ejecución del exterminio. El anexo I de inteligencia (p. 3) hace constar la crítica a la forma vacilante con la que las autoridades civiles combaten la subversión. La firma Roberto Viola como jefe del EMGE. En el anexo 3 a la instrucción secreta 335, "continuación de las operaciones en Tucumán", del 5 de abril de 1976, firmada por el jefe del EMGE, Roberto Eduardo Viola, se identifica a la población comprendida entre los 14 y los 18 años como *la más propensa a volverse subversiva*.

La directiva secreta más importante del Ejército para este período es la de febrero de 1976, porque constituye la orden militar para el Golpe del Estado y establece el plan general de ataque sobre el grupo nacional identificado como amenaza. Es el Plan del Ejército. Contribuyente al Plan de Seguridad Nacional. Comando General del Ejército, doc.VG 252. Copias secretas se remiten a jefatura de personal, operaciones e inteligencia del EMGE y a la Policía Federal. La destitución del gobierno constitucional y el ataque sobre una parte de la población civil está previsto para el día "D" hora "H". La hora "H" marca el momento de asalto al poder con la destitución del gobierno y la detención de personas según lo establecido en el anexo 3 (procedimiento). El anexo 2 (inteligencia) establece la "determinación del oponente". Ellos son:

... todas las organizaciones o elementos integrados en ellas existentes en el país o que pudieran surgir en el proceso, que de cualquier forma

se opongan a la toma del poder y obstaculicen el normal desenvolvimiento del gobierno militar a establecer.

Entre las organizaciones que se enumeran figuran como oponentes activos la Liga Argentina por los Derechos Humanos, la Unión de Mujeres Argentinas, las juventudes políticas argentinas, organizaciones gremiales como la Comisión Nacional Intersindical, la ex CGT de los Argentinos, agrupaciones de base, al movimiento sindical de base, al movimiento sindical combativo, la Coordinadora Nacional de Gremios Combativos y Trabajadores en lucha, a organizaciones estudiantiles universitarias y secundarias, a organizaciones religiosas como el Movimiento de Sacerdotes para el Tercer Mundo, a personas vinculadas "con responsabilidad imputable al caos por el que atraviesa la nación" (pp. 1-5) y a cualquier otra agrupación gremial, estudiantil o política que tenga entre sus fines:

[el] rechazo y oposición al nuevo gobierno, a través del recurso a la resistencia civil, frentes de oposición, (u) orientar desfavorablemente a la opinión pública en la prensa extranjera, por rumores, volantes y panfletos, leyendas murales, actos relámpagos, correspondencia etc., negar colaboración al nuevo gobierno, crear una imagen desfavorable del nuevo gobierno, el uso del paro general por tiempo indeterminado, paralización de los servicios públicos, ocupación de fábricas que perjudiquen su capacidad productiva.

También se convierten en blancos del ataque militar los que participan en la creación de organizaciones para la "resistencia de la clase obrera contra el gobierno militar" y los que realicen "demandas reivindicatorias salariales orientadas a provocar la ruptura o el entorpecimiento del nuevo orden económico, utilizando paritarias, reuniones de fábricas, marchas de protesta, paros, retiro de colaboración, trabajo a reglamento y sabotaje". Todas estas acciones se consideran gravemente calificadas si afectan a empresas multinacionales. Recurrir a la "Organización Internacional del Trabajo y similares con la finalidad de crear una imagen desfavorable del gobierno militar" convierte al grupo y a sus integrantes en enemigos a aniquilar. En el mismo sentido se consideran:

... las huelgas estudiantiles, la ocupación de establecimientos educativos, los elementos simpatizantes que se sumen a la lucha activa y pasiva contra el gobierno militar, concentraciones estudiantiles relámpagos con la clase obrera, apoyos estudiantiles que se gesten en otros ámbitos en oposición al gobierno militar, contribuciones de organizaciones religiosas con prédica disociadora en facultades colegios, villas de emergencia, ligas agrarias, etc. (pp. 7 y 8).

La orden de ataque no se detiene en las organizaciones sindicales, políticas, estudiantiles, religiosas o sociales declaradas enemigas. Alcanza también a las acciones individuales. Lo que se destaca en el documento por su radicalidad extrema es el alcance de la negación del derecho a la vida. La directiva secreta define la fuga al extranjero como acto de enemistad; también el pedido asilo, el ocultamiento dentro del país, la sustracción de documentos comprometedores, resistirse a la detención o integrar grupos de resistencia civil que afecten el normal desenvolvimiento del gobierno militar (p. 9). Sobre "los individuos que intenten penetrar en forma subrepticia a una embajada se abrirá fuego mientras todavía permanezcan afuera de los límites del predio". En el apéndice 3 de la directiva se ordena la confección de listas de detenidos con modelos formalizados. En el anexo 2 (inteligencia) no sólo se define al oponente. El punto 4 c), "instrucciones de coordinación", establece que "los respectivos comandantes de área elevarán el día D a la hora H+8 y luego con una periodicidad de 24 hs, un parte de inteligencia por el canal técnico en el cual reseñarán las principales acciones producidas por el oponente desde la iniciación de las operaciones".

La orden parcial 405/76 (restructuración de las jurisdicciones) de mayo de 1976, firmada por Roberto Eduardo Viola, jefe del EMGE, define la zona 1 como comando de defensa frente al enemigo que amenaza en esta jurisdicción militar. El punto 2 del documento establece que el ataque sobre la población enemiga de la ciudad de Buenos Aires estará a cargo Primer Cuerpo del Ejército con sede en el barrio de Palermo. El 17 de diciembre de 1976 el Jefe del EMGE, Roberto Eduardo Viola, aprueba las reglas operativas secretas para *Operaciones contra elementos subversivos*, denominado RC-9-1. Estas reglas reemplazan a otras

establecidas en *Operaciones contra fuerzas irregulares* y en *Operaciones contra la subversión urbana*, emitidas por el Ejército en 1969. En la introducción (p. II) se define "la subversión" como "consecuencia de la ideología marxista que busca la alteración de los principios morales y las estructuras que conforman la vida de un pueblo". El punto de vista de los perpetradores, jefes y ejecutores es el mismo que el de todo sacrificio punitivo. La sociedad tiene enemigos absolutos que amenazan la existencia misma de la sociedad humana. Ellos o nosotros. Fuera del campo de la guerra y contra población desarmada, los repetidos genocidios de la historia con estereotipos de persecución identifican el mal absoluto en grupos enteros de la población. Según el texto:

... la acción subversiva [que define al enemigo es aquella que está] dirigida especialmente a la conciencia y a la moral del hombre en los ámbitos intelectuales, económicos, políticos, religiosos y aún militares a través de actos de resistencia pasiva, huelgas, desórdenes callejeros, sea que abarque estudiantes secundarios, universitarios, grupos obreros o juventudes políticas. (p. 30)

En él se señala que "es un error pensar que la subversión militarizada constituye el problema fundamental". En la página 80 se fijan las reglas para la selección de ejecutores. Sobre las características del personal militar o seguridad para las tareas de exterminio, se dice "la selección del personal y la motivación para la lucha serán los aspectos especiales a considerar en la preparación táctica, técnica, física y espiritual". Se indica también en el documento que se requiere para la tarea "estructuras de organización flexibles que satisfagan en la mejor forma las exigencias de la lucha contra la subversión". En la página 82 se establece el grado de violencia a emplear en el ataque:

... aplicaciones de poder de combate con la máxima violencia para aniquilar la subversión donde se encuentre. El ciudadano debe saber que quien cumple la ley y es honesto no será molestado, pero aplicarán todo el poder de combate a los enemigos del país.

Respecto a los "enemigos del país" y a los "proclives a serlo es necesario comprender", según dice el texto, "que es más conveniente apoyar a las

fuerzas legales que oponerseles (...) Para graduar la violencia están las fuerzas de seguridad y las policiales". No sólo se establece que el poder punitivo que se empleará contra el enemigo subversivo será ilimitado. Por primera vez en una norma secreta escrita el Ejército ordena no admitir rendiciones.

La existencia documentada de reglas jurídicas que describen conductas y estados a los que se asocia pena de aniquilamiento prueba inequívocamente la naturaleza punitiva del genocidio argentino. Quien reúne características del estereotipo de persecución está condenado a sufrir gravemente o a morir sin que la violencia pueda ser contenida en alguna medida. Una regla introduce la orden genocida cuando establece que el enemigo no será tratado como prisionero de guerra ni como prisionero común o político. Es decir, no se tratará al prisionero bajo ninguna norma de derecho, ni del derecho humanitario de la guerra, ni bajo el derecho internacional de los derechos humanos, tampoco según derechos constitucionales o legales del delincuente común. En definitiva, se declara al oponente amenaza humana que puede destruirse sin por ello cometer homicidio porque se cumple un deber normativo secreto. En la página 109 se dispone que las "órdenes verbales serán normales". Así fueron las órdenes para la construcción de los campos como las normas bajo las cuales funcionaron. Los traslados sistemáticos como las ejecuciones son registradas.

Entre las órdenes verbales no pueden dejarse de mencionarse las comunicadas por cadena nacional el 24 de mayo, el 1 de julio y el 7 de julio de 1976. El comandante en jefe del ejército, Jorge Rafael Videla, declaró, en el primer mensaje, que "la lucha contra el mayor enemigo de la sociedad requiere medidas drásticas para extirpar definitivamente la subversión". En el segundo, que "el objetivo inmediato es el aniquilamiento de la subversión en todas sus manifestaciones". En el tercer mensaje, "el objetivo es la eliminación total del enemigo (...) por resultar una conspiración contra nuestra civilización y (encarnar) una concepción nihilista, sin Dios ni lealtad. No se permitirá (ninguna) acción disolvente y antinacional en la cultura, en los medios de comunicación, en la economía..."

La directiva secreta 504 del comandante en Jefe del Ejército de abril de 1977, "continuación de la lucha contra la subversión", merece destacarse. El documento reconoce que "militarmente" se ha producido para esa fecha el 90% de destrucción del enemigo. Pese a ello, en el punto 6 insiste en que "la guerra contra la subversión tendrá por objeto a toda la población". Se ordena profundizar la ofensiva militar sobre los *ámbitos industrial, educacional, religioso y barrial* del país (p. 3). El anexo 3 de este documento, denominado "operaciones en el ámbito industrial relativas a la directiva 504 para los años 1977-1978", menciona sin rodeos a "cuerpos de delegados y comisiones internas" y "estructuras de democracia sindical paralela" como objetivos de aniquilamiento. Entre las razones señala las siguientes: "La caída del salario, los despidos por leyes de prescindibilidad laboral y reforma a los derechos de los trabajadores, ley 21.476, la inflación". En este ámbito el plan de aniquilamiento define al enemigo por su oposición a lo que en el texto se denominan "fuerzas amigas": "Ministerio de Trabajo, Ministerio de Economía, estructuras sindicales intervenidas, algunos elementos sindicales y empresarios encuadrados en el proceso de reorganización nacional". La aplicación del plan sistemático, dice el texto, busca "lograr estructuras del Estado, empresarias y obreras ideológicamente depuradas. La operación queda a cargo de cada comando de zona sobre los establecimientos de cada jurisdicción. Es una de las actividades prioritarias en la lucha contra la subversión" (pp. 1 y 2). ¿Qué operaciones comprende? En la página 3 se dan las siguientes directivas: reunir información sobre la situación de cada establecimiento, en particular sobre el cuerpo de delegados o comisiones internas; reconocer domicilios de elementos subversivos y lugares para asegurar el desarrollo de las operaciones; planear la forma sobre cómo se va a lograr la depuración marxista en las bases de las estructuras sindicales. ¿Cómo se ejecutan estas operaciones? En la página 4 se ordena a los comandantes de zonas "erradicar los elementos subversivos empleando el método que resulte más conveniente para el éxito de las operaciones de aniquilamiento de la subversión, como neutralizar las posibles reacciones por los métodos elegidos". En la página 5 "sobre las pautas" a seguir, se señala que la cantidad de "blancos" seleccionados estará en función de los medios disponibles.

En el punto c) se establece que el medio más idóneo para obtener información de los blancos a aniquilar a nivel de base (comisiones internas o cuerpos de delegados de los establecimientos fabriles o empresas) es por intermedio de dirigentes gremiales que hayan dado suficientes pruebas de lealtad y apoyo al accionar de las fuerzas armadas. Una persona se convertía en blanco por la falta incondicional de fidelidad a la nueva situación creada por el Golpe de Estado. Rasgos de una particular moral genocida aparecen en el texto. En el mismo punto, en la página 6, las directivas previenen contra los "escrúpulos" de empresarios que pueden aprovechar en su propio beneficio la "eliminación de personal" indisciplinado. Se dispone que "las detenciones se realizarán fuera de las empresas y en forma más o menos simultánea y velada". El anexo 4 de la directiva 504/77 está orientado al aniquilamiento de la subversión en el "ámbito educacional". Allí se expresa que la educación ha sido objeto de una infiltración y captación ideológica en todos los niveles de la enseñanza. En el punto 1, el plan de ataque señala como "blanco" al "personal directivo, docentes y no docentes que a través de decisiones, cátedras o charlas difundan ideologías subversivas". Se incluyen como "blancos" también a las "organizaciones estudiantiles secundarias y universitarias y a quienes utilicen bibliografía y recursos didácticos que en forma objetiva o subjetiva sirvan para propagar", según el texto, "ideas extrañas a nuestros principios nacionales" (punto 3b). En este sentido, se fija una consideración especial para quienes utilicen en la enseñanza bibliografía que contenga conceptos marxistas o subversivos. Se ordenan informes sobre los títulos de los libros, la editorial, la materia de que se trate y el curso o establecimiento en el que se lo utiliza; y lo más importante, se exige el nombre del docente involucrado (pp. 5 y 6). El anexo 5 de la misma directiva se ocupa del "ámbito religioso". En el punto 1.c, se identifica a una corriente de sacerdotes progresistas "enrolados con el enemigo". En la página 2 se dice que "la lucha contra la subversión de los elementos del clero se desarrollará con mucho tacto". Otro anexo 5 de la misma directiva está dedicado a la orientación del plan sistemático sobre los barrios. Describe a un enemigo que se afianza a partir de las insatisfacciones y frustraciones del barrio. Los objetivos son los clubes, agrupamientos o asociaciones,

grupos cristianos, asociaciones de familiares de presos políticos, peñas folclóricas o culturales. La misión sobre este sector se prescribe en la página 2: "el ejército accionará selectivamente sobre las organizaciones religiosas, culturales, deportivas de fomento y otros nucleamientos de tipo barrial y erradicará los elementos subversivos".

La orden secreta de operaciones 9/77, de junio de 1977, aporta elementos importantes para conocer el plan de exterminio en la zona 1. En la página 3 se dispone una orden de "destrucción integral" del oponente en esta zona. Se aconseja la conveniencia de un "replanteo de los métodos y procedimientos hacia objetivos más precisos". Se mencionan dos: el ámbito laboral y educacional. En el punto 3.d se ordena que las "operaciones encubiertas deberán procurar mayor precisión" a fin de evitar una imagen de abuso si la población experimenta la sensación de ser objeto de ataque por error. En esta orden de batalla, las fases de la operación de exterminio se señalan de la siguiente manera: "se intensificará la producción de información e inteligencia" y se "destruirá sistemáticamente y sin solución de continuidad el enemigo a través de la acción militar directa" (punto 2). El anexo 3 está dedicado a las órdenes para la inteligencia militar; a tal fin se pide en la página 6 "la determinación de blancos en el ámbito estudiantil y fabril". Este documento identifica "blancos planeados" como los que se fijan del resultado de una valoración y proceso de la información disponible y los "blancos de oportunidad" como aquellos que deben ejecutarse tan rápido como sea posible. Organiza un sistema de fichas del "blanco" a cargo de la subzona, con siglas y números. Asimismo, la directiva establece que "el elemento ejecutor debe elevar informe", pero se ordena que "no deben sacarse copias, ni guardarse archivos del blanco". Esta norma de batalla contiene reglas precisas para resolver conflictos de jurisdicciones que pudieran plantearse en la ejecución del ataque. Por ejemplo, establece que si el "blanco" se encuentra en ejecución de otra subzona, el informe del blanco deberá contener un "formulario de requerimiento de área libre" para operar (la cuadra o la manzana correspondiente al lugar donde operará el grupo de tareas y las cuadras adyacentes. El área libre se concede por tres horas). Esta orden fijó que los operativos se hacen en nombre de "fuerzas conjuntas".

Cuando una puerta se derribaba con estas palabras una nueva víctima caía al pozo concentracionario. El anexo 5 define a la subversión como fenómeno de naturaleza ideológica. El apéndice 4 de este anexo dispone que a los desertores se les garantice el derecho a la vida. El apéndice 5 cambia el lenguaje de diferenciación del grupo enemigo por otro vacío de garantías humanitarias. No debe ser utilizada la palabra "guerra", ni "guerra revolucionaria", ni la palabra "insurgencia" para referirse a la subversión. Tampoco "guerrillero" ni "revolucionario". El apéndice 7 ordena "velar las operaciones al máximo (...) ante la opinión pública e internacional por la inconveniencia de su reconocimiento". Se dispone caracterizar públicamente a las víctimas como "*delincuentes subversivos*", "*extranjerizantes*" y "*materialistas (...) que buscan la destrucción del país, la disolución de la familia y la negación de Dios*" (p. 3). Los medios de comunicación escrita masiva adoptan este lenguaje, excepto contadas excepciones⁹.

La directiva secreta 604/79 "Continuación de la lucha contra la subversión", firmada por el General Cristino Nicolaidis en mayo de 1979, declara en la página 2 que "el proceso de reorganización nacional posibilitó una contundente victoria militar (...) pero este éxito no fue acompañado por la 'normalización' de los ámbitos considerados prioritarios, en especial, por el desprestigio del proceso de reorganización nacional en el exterior". En la página 10 de la directiva se hace la enumeración de los nuevos blancos a ejecutar por la jurisdicción a cargo del general Suárez Mason: La Liga Argentina por los Derechos del Hombre, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, el Movimiento Ecuaménico por los Derechos Humanos, Movimiento Madres de Plaza de Mayo, Comisión de Familiares de Desaparecidos y Detenidos por Razones Políticas, el Servicio de Paz y Justicia y el Centro de Estudios Legales y Sociales. Se los identifica como nuevo enemigo según el texto (p. 13) por "desestabilizar al gobierno nacional para reemplazarlo por un gobierno de izquierda o centro izquierda que revise lo actuado en la lucha contra la subversión". El documento considera "problemática" la cuestión

⁹ BLAUSTEIN, E. y ZUBIETA, M., *Decíamos ayer. La prensa argentina bajo el proceso*, ob. cit., p. 63 y ss.

de los derechos humanos en la Argentina y se identifica esta demanda con una campaña antiargentina. En el punto 7 se califica esta conducta como grave peligro para el proceso de reorganización nacional. El documento tiene un anexo 4 donde actualiza las reglas del plan sistemático de ataque sobre el ámbito económico y laboral y donde reitera directivas para "completar la depuración ideológica" (p. 2). En el anexo 5, referido al "ámbito educativo", se ordena "mantener y acrecentar las acciones de depuración ideológica marxista o de connotaciones marxistas". El anexo 6 se ocupa de los subversivos que se encuentren en la administración pública. El anexo 7, "ámbito religioso", ordena detectar elementos religiosos de corrientes progresistas radicalizados, favorables a la prédica y acción de grupos marxistas en colegios e instituciones educativas, asistenciales y culturales. El anexo 9 vuelve sobre la definición del grupo a exterminar como aquel que "conquista las mentes de la población a la que busca dominar (...) con vistas a destruir los valores de la sociedad". En la página 2 se mencionan, en claro enfrentamiento con el proceso de reorganización nacional, a sindicatos, partidos políticos, al "segmento intelectual" en los que puede detectarse "posturas de clara inclinación marxista". La comunicación social del plan de exterminio está contenida en el anexo 10. Aquí se ordena neutralizar y corregir las desviaciones y secuelas negativas de la lucha contra el enemigo subversivo. En la página 6 se ordena disponer de todos los medios para "humanizar la imagen de la institución ante la población general". Esta directiva tiene apéndices: el 2 establece lo siguiente:

... la guerra continuará para aniquilar la subversión en todos los ámbitos, pero en especial en el cultura (...) el marxismo, haciendo uso de la libertad de los países democráticos, defiende ideas que socavan la moral del pueblo para destruir al hombre y la sociedad, traiciona valores nacionales y atenta contra las puras tradiciones.

Sobre el final de la dictadura la directiva 704 de 1983 considera inevitable el proceso de democratización del país. Aun así identifican al enemigo subversivo y marxista, para esta etapa, en las organizaciones de derechos humanos. Las fuerzas amigas se identifican en las Fuerzas

Armadas. En la página 3 se ordena la infiltración de estas organizaciones para actualizar registros de información y tener localizados y bajo control los "elementos conocidos". Reaparece en las órdenes la palabra "neutralizar", que con el Golpe los militares habían reemplazado por la de "aniquilar". En la página 14 se dice que "la subversión puede no mostrarse pero siempre existe". El anexo 5 ("de acción psicológica") increíblemente describe en 1983, a pocos meses de terminar la dictadura, los mismos signos de frustración que había en la población antes del Golpe de Estado. Sentimientos y creencias a los que los genocidas de toda estirpe y época apelan para justificar la destrucción del grupo humano identificado por los mismos perpetradores como la causa de ese peligroso estado social. Descreimiento y sentimientos de incertidumbre y desconfianza que van desde "la apatía hasta las manifestaciones violentas con motivo del deterioro económico, la corrupción administrativa, la derrota de la guerra, las denuncias sobre responsabilidad de los mandos militares sobre desaparecidos y víctimas de la lucha contra la subversión" (p. 1).

Si se califica este cuerpo normativo como legislación penal antsubversiva o código penal antsubversivo, se precipita una lluvia de objeciones académicas; quizá la más leve sea la rudimentaria técnica legislativa empleada, muy inferior en este aspecto a cualquiera de los primeros estados de la historia. Pero al tratarse de leyes penales secretas que no están destinadas para uso regular del castigo público en el que intervienen operadores del sistema formal de justicia, no hay motivo para detenerse en la crítica formal de estos documentos punitivos. La naturaleza secreta y el hermetismo que rodeó su cumplimiento las privó del orden y sistematicidad a los que están llamadas la técnica legislativa y la doctrina jurídica. La clandestinidad normativa también determinó la de los procedimientos punitivos, pero nunca el secretismo legal puede borrar el contenido punitivo de una norma. No sólo describen clases de acciones, como lo hace cualquier código penal, y determinan un castigo; además establecen un procedimiento reglado con cierto grado de formalización para la detención, interrogatorio, tortura y ejecución del blanco. También en ellas se establece una doctrina de la pena. De estar en lo cierto Zaffaroni en hacer del *El martillo de las brujas* de Kramer y Sprenger objeto de

conocimiento de la "ciencia penal", merecerían igual tratamiento las órdenes sacrificiales contra enfermos mentales e incorregibles bajo el nacionalsocialismo alemán o las directivas de exterminio del ejército argentino.

En el primer caso el texto persecutorio de los inquisidores dominicos fue un verdadero *best seller* con veintinueve ediciones desde 1487 y 1669, lo que indicaría que el teatro sacrificial también puede ser eminentemente público si hay condiciones para ello. En cambio, el secretismo es regla en otras situaciones, como es el caso del programa de eliminación punitiva mediante gaseado de enfermos y débiles mentales por el *Euthanasieprogramm für unheilbaren kranken*, aplicado en Alemania entre inicios de 1940 y agosto de 1941, conocido por su nombre cifrado "Aktion T-4" por la villa alemana de Tiegartenstrasse 4 de Berlín. Se sabe que Hitler dispuso no dar forma legal explícita para estas ejecuciones ni para los sacrificios de judíos, gitanos, comunistas y antisociales en Europa occidental y oriental, en los que Himmler, a principios de 1941, usó los servicios de gasificación del T-4 contra "el lastre almacenado" en el conjunto del sistema concentracionario. En cualquier caso, los nazis no dejaron rastros de normas penales escritas de exterminio. Sólo se conocen cartas de jerarcas de las que se puede deducir la existencia de órdenes sacrificiales verbales para la cuestión judía como para la eutanasia radical contra enfermos mentales. En 1941, seis semanas después del ataque contra la Unión Soviética, Hermann Göring escribió una carta a Reinhard Heydrich donde le encomendaba a este último proceder a la "solución final" del problema judío en Europa¹⁰. Otra carta es la que permite probar la existencia de una orden punitiva verbal para el caso del programa T-4 contra enfermos mentales¹¹. En el caso argentino, en cambio, por decreto secreto 2726 de 1983 el último dictador Reynaldo Bignone ordena la destrucción de todos los documentos relativos a la "lucha contra la subversión".

¹⁰ CHALK, F. y JONASSOHN, F., *Historia y sociología del genocidio*, ob. cit., p. 465.

¹¹ ZAFFARONI, E., "Introducción", en BINDING, K. y HOCHÉ, A., *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, ob. cit., p. 45.

Es en el secretismo normativo donde puede hallarse una diferencia notoria entre los casi quinientos años que separan a la inquisición moderna con la del presente. Por lo demás, las semejanzas del sacrificio punitivo permanecen inalteradas. a) Maximización de una amenaza criminal: delito de brujería, asociación de la "raza" judía con la criminalidad habitual¹², delincuente subversivo, incorregibles o delincuencia por "conducción de vida"; b) Calificación del delincuente como enemigo absoluto porque representa una amenaza radical para la sociedad en el imaginario del perpetrador; c) Declaración de una emergencia y malestar social de tal naturaleza que la pena sacrificial siempre es capital; d) Naturalización de la idea sacrificial por la que alguien o un grupo humano entero tiene que perecer para que la sociedad viva; e) Selectividad sacrificial por vulnerabilidad de personas o grupos en relación con el poder punitivo; f) Belicismo discursivo y "guerra sin cuartel" que no admite rendiciones; al enemigo absoluto no se le reconoce derechos de prisionero de guerra ni de delincuente común; y g) Efecto contagioso de los delitos que se atribuyen. La lista puede hacerse más extensa hasta abarcar el empleo sistemático del suplicio, la corrupción y enriquecimiento de los perpetradores con bienes de las víctimas, el reforzamiento de prejuicios sociales a través de la creación de estereotipos alucinados representativos de un mal absoluto. A la vez, estos textos son también de doctrina, porque describen una función para el castigo que en muy poco difiere con la legitimación del castigo en general de la filosofía clásica y de la retribución penal. En ambos casos se evoca una sociedad en peligro de disolución por la conducta subversiva y la pena como refundación social o afirmación de una autoridad. Alguien tiene que sufrir o perecer para que exista sociedad. Ésta es la insignia por la que se reconoce todo sacrificio punitivo.

¹² CHALK, F. y JONASSOHN, K., ob. cit., p. 458.

4. Delito y pena en la masacre estatal

No hay otro caso en el derecho penal en que un evento sacrificial como el que se describe sea a la vez pena y delito. Las resistencias del derecho penal para incluir al genocidio como parte del repertorio de penalidad pública son bien conocidas. Incluir al genocidio como sacrificio punitivo de un grupo humano definido para que la sociedad exista constituye para la academia penal una gigantesca herida al amor propio difícil de digerir porque llevaría a reconocer en los fundamentos de la pena genocida el fundamento de la penalidad en general. El derecho penal vive a cuenta de un principio que no puede alterar al precio de perder su base de sustentación: a falta de pena no hay sociedad posible. La resistencia a tratar el genocidio como clase de pena resulta un total contrasentido si al castigo en general se lo legitima en sociedad como recurso para su pacificación y evitación de la anarquía.

En otra parte se indicó que la alucinación que identifica castigo público con evitación de la anarquía y el caos social partía de falsas imágenes antropológicas de época que todavía dominan en el derecho penal. Pero estas visiones no se agotan en la pena ni en la figura del criminal absoluto. Otras imágenes antropológicas de la misma naturaleza etnocéntricas explicarían la resistencia a la aplicación del delito de genocidio a los excepcionales casos que en la actualidad se siguen contra perpetradores de masacres estatales. Uno de los problemas que más llamó la atención de la sociología y antropología fue la de establecer si la clasificación de la población humana en grupos raciales, étnicos, religiosos y nacionales, como lo hace el artículo II de la Convención de 1948, es el resultado de una invención imaginaria de la autoridad o, por el contrario, si existe objetivamente en la realidad propiedades naturales de algún tipo que definan a esos grupos como entidades humanas diferentes unas de otras. Por lo general, los más graves errores en la calificación de delitos de derecho internacional se comenten cuando se ignoran conclusiones aceptadas mayoritariamente por las ciencias sociales en relación con lo que debe considerarse grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Las definiciones sobre el genocidio tienen algunos puntos en común. Para Frank Chalk y Kurt Jonassohn¹³ el genocidio es una forma de exterminio masivo unilateral en la que un Estado intenta destruir a un grupo en tanto dicho grupo y sus miembros son definidos por el perpetrador. Israel Charny¹⁴ lo define como exterminio masivo de un número sustancial de seres humanos, perpetrado fuera del curso de acciones militares contra un enemigo declarado bajo condiciones de indefensión y abandono de las víctimas. En el mismo sentido, Helen Fein¹⁵ afirma que es la acción sostenida e intencionada llevada a cabo para destruir físicamente una colectividad a pesar de la rendición o ausencia de amenaza por parte de la víctima. Jacques Sémelin considera al genocidio como un proceso particular de destrucción de civiles que apunta a la total erradicación de una colectividad con criterios de selección definidos por el agresor¹⁶. Mark Levene¹⁷ considera que esta experiencia ocurre cuando un Estado, percibiéndose amenazado por un grupo de población, busca remediar la situación a través de la eliminación sistemática hasta que deje de ser percibida como una amenaza. Daniel Feierstein¹⁸ opina que la práctica genocida es una tecnología de poder cuyo objetivo radica en la destrucción de las relaciones sociales de autonomía, cooperación y de la identidad de una sociedad por medio del aniquilamiento de una fracción relevante de esa sociedad, sea por su número o por los efectos del terror en sus prácticas, para el establecimiento de nuevas relaciones

¹³ Ibid., p. 48.

¹⁴ CHARNY, I. W., "Toward a Generic Definition of Genocide", en ANDREPOULOS, G. J. (ed.), *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions*, ob. cit., p. 64.

¹⁵ FEIN, H., "Genocide, terror, life integrity and war crime: the case for discrimination", en ANDREPOULOS, G. J. (ed.), *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions*, ob. cit., p. 95.

¹⁶ SEMELIN, J., "Genocidio", ob. cit., p. 75 y ss.

¹⁷ LEVENE, M., "El rostro cambiante de la matanza masiva: masacre, genocidio y postgenocidio", ob. cit.

¹⁸ FEIERSTEIN, D., *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, ob. cit., p. 83.

sociales y modelos identitarios diferentes a los representados por los grupos definidos por los perpetradores como enemigos.

Pese a que en ninguna de las definiciones se hace una asociación con el trato punitivo, en todas se reconoce que es la autoridad la que construye el estereotipo de enemistad absoluta del infractor contra la sociedad. Sin embargo, por extraño que parezca, tanto la doctrina penal internacional como la mayor parte de la jurisprudencia de tribunales que juzgan masacres estatales entienden que para que exista el delito de genocidio las víctimas tienen que pertenecer a grupos que *no* existen en la realidad objetiva. Como da cuenta la antropología de mediados del siglo XX, el caso extremo es el del grupo racial. Recuérdese que fueron las leyes Núremberg, promovidas por Hitler y aprobadas en el Reichstag en 1935, las que finalmente determinan quién pertenece a la "raza judía". Al grupo nacional, que es el que presenta menos problemas para su definición desde el punto de vista jurídico, se lo identifica con el contenido del grupo étnico. No son menores, tampoco, los problemas para definir la existencia objetiva de un grupo religioso. En todos los casos se pasa por alto que todo trato punitivo exige previamente la definición, por parte de la autoridad y su doctrina, de un enemigo ocasional o absoluto. El enemigo de la autoridad siempre es una invención y su estereotipo una "realidad" en cabeza de perpetradores, juristas o predicadores mediáticos.

En el período 1968-1998 las investigaciones sobre el concepto de grupo nacional son mayores que las de cualquier período anterior. Pese a ello, en todas se reconoce la dificultad de descubrir un criterio satisfactorio que permita decidir cuál de las numerosas características humanas debería etiquetarse como nacional¹⁹. Se ha intentado hacerlo mediante criterios vinculados a la lengua o la etnicidad, o una combinación de ellos con el territorio común, la historia común, rasgos culturales o lo que fuera. Pero todas estas definiciones objetivas han fracasado por la sencilla

¹⁹ HOBBSBAWM, E., *Naciones y Nacionalismos desde 1780*, ob. cit., p. 12 y ss.; ANDERSON, B., *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, ob. cit., p. 200.

razón de que siempre cabe encontrar excepciones y anomalías para que un grupo humano pueda convertirse en nación o porque aquellos que lo son no encajan en tales criterios objetivos. ¿Hay otros criterios? La alternativa a una definición objetiva es un concepto de nacionalidad basado en criterios subjetivos. Pero el voluntarismo tampoco lleva a ninguna parte. Porque bastaría para constituir una nacionalidad sólo la voluntad de serlo. Insistir en la conciencia o en la elección como criterio de la condición de una nacionalidad es subordinar insensatamente a una sola opción las complejas y múltiples maneras en que los seres humanos se definen y redefinen a sí mismos como miembros de un grupo, sea esta una identificación nacional, racial, étnica o religiosa. Existe otra alternativa más segura, que increíblemente los juristas no siguen. No hay ley constitucional que no defina a la nacionalidad como una comunidad imaginaria, como resultado de la construcción de ese poder que es el Estado, con capacidad para instituirlo. Por ello la nación imaginaria sólo puede identificarse *a posteriori* del proceso de formación del Estado y su constitución política. El uso del lenguaje también registra esta orientación²⁰. El Diccionario de la Real Academia Española en su desarrollo histórico no registra el término *nación* antes de su edición de 1884. En fecha anterior "nación" significaba "la colección de habitantes en alguna provincia, país o reino". Pero a partir de aquel año se comenzó a definir como "estado o cuerpo político que reconoce un centro común de gobierno" y también como "territorio que comprende a sus individuos tomados en conjunto", es decir, la nación es el conjunto de habitantes de un país regido por el mismo gobierno. El *New English Dictionary* de 1908 señala que el uso reciente recalca el concepto de unidad e independencia política más que cualquier consideración étnica. Este es el concepto de nación que aparece con las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII y que perdura en toda la tradición jurídica posterior hasta la fecha. Porque, prescindiendo de cualquier otra cosa que fuera una nación, nunca falta el elemento de ciudadanía en sentido amplio, es decir, el de

²⁰ *Ibid.*, p. 23 y ss.; WILLIAMS, R., *Palabras claves. Un vocabulario de la cultura y la sociedad*, ob. cit., p. 230.

habitante subordinado a esa jurisdicción política punitiva. La Constitución Nacional argentina no hace depender la nacionalidad ni de la lengua ni de ningún otro elemento cultural. No puede ser de otro modo. Cuando se sanciona la Declaración de Derechos francesa de 1795 pocos eran los que hablaban esa lengua. El caso más extremo fue el de la nación italiana, donde sólo el 2,5% de la población usaba el idioma oficial en la vida cotidiana. En conclusión, no hay razón para considerar la lengua o algún otro criterio cultural como pauta objetiva para identificar al grupo nacional de la Convención de 1948.

¿Pasa lo mismo con los criterios etnográficos? Éstos casi siempre están relacionados con las fuentes extremadamente poco confiables de origen y descendencia común entre los miembros del grupo. Hasta bien entrado el siglo XX, el criterio político etnográfico de parentesco, sangre y cultura común fue la idea más poderosa para unir lo que está separado. Es la antropología posterior la que hace notar la invariable heterogeneidad de las poblaciones humanas. La imposibilidad de reivindicar un origen y etnicidad comunes, como lo quiere el viejo y nuevo racismo, supondría ignorar los permanentes flujos migratorios de la historia. Cuesta creer que se confunda lo nacional con lo étnico en tantas sentencias penales²¹. El falso razonamiento puede sintetizarse en lo siguiente: el grupo humano afectado por crímenes masivos no es un grupo nacional porque "las víctimas son de la misma nacionalidad que la de los perpetradores", aunque desde el fallo de la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso *Nottebohm* de 1955 se establece que para que exista grupo nacional no se requiere ni cultura común, ni lengua u orígenes o antepasados compartidos. Es decir, el grupo nacional se define únicamente por el deber de sumisión de un habitante a la soberanía de un Estado.

Naturalmente, la Convención de 1948 también debe considerarse como un repudio universal a la clasificación política y científica de la especie humana en razas superiores e inferiores y a la afirmación, como

²¹ ALAGIA, A., "Día 'D', hora 'H': crímenes masivos cometidos en Argentina (1976-1983)", ob. cit., p. 81 y ss.

la de Francis Galton en el siglo XIX, de que la exogamia que practican los pueblos inferiores es causa de degeneración de los grupos humanos superiores y de la ruina de la sociedad dirigida por ellos²². La idea reinante en círculos universitarios y gubernamentales antes de la Segunda Guerra Mundial era que el bienestar y la salud de la población se debían asegurar mediante el cuidado de la pureza racial, impidiendo la degeneración hereditaria. Todo genocidio sacrificial es una radicalización eugenésica de la autoridad para que viva la sociedad con lo mejor de su población. A partir del enorme trabajo del antropólogo norteamericano Franz Boas en el año 1950, los miembros de la Asociación Norteamericana de Antropología sugirieron abandonar por completo el término "raza". Es falso que la identidad racial de un individuo esté determinada por su ascendencia biológica. La construcción de una identidad racial es siempre arbitraria: si el padre es negro y la madre blanca, todos los niños que tengan juntos serán identificados socialmente como negros, cuando la realidad biológica determina que se heredan la mitad de los núcleos celulares del padre y la otra mitad de la madre²³.

Existe un consenso generalizado en los estudios sobre genocidio en que uno de los momentos de su compleja trama pertenece a la definición de enemigo que hace el perpetrador. Se lo califica de extraño, extranjero, ajeno al propio territorio o a la ciudadanía. Este momento del genocidio es el de la inhumanización, de estigmatización o la de construcción del estereotipo de persecución, como lo llama René Girard en su investigación sobre el chivo expiatorio. Esto es muy claro desde el punto de vista lingüístico: los nazis llamaron *ratas* a los judíos, el ejército turco *gusanos* a los armenios, los hutus llamaron *cucarachas* a los tutsis y en nuestro país la dictadura calificó la subversión como *virus* o *germen patógeno* que debía ser extirpado del organismo social. ¿Por qué entonces la misma Convención de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio recaería nuevamente en un concepto sin sentido? La razón es bien

²² HARRIS, M., *Teoría sobre la cultura en la época posmoderna*, ob. cit., p. 68.

²³ *Ibid.*, pp. 69-75.

simple, de cautela como dice Harris, "si debe mantenerse la categoría de raza es porque es real únicamente en el imaginario de los perpetradores"²⁴. Negarla lo único que haría es ignorar o subestimar el peligro de nuevas tragedias humanas. Puede parecer increíble que estas categorías de clasificación no existan en la naturaleza humana y sin embargo por ellas se haya cegado y marcado la vida de millones de personas. Pero que no existan en el registro natural o biológico no significa que no tengan registro imaginario en lo político, como lo prueban los crímenes de masas cometidos en todo el siglo pasado. Para los perpetradores argentinos la nacionalidad como ciudadanía amplia sólo era compatible con valores "occidentales y cristianos" que las órdenes secretas de aniquilamiento establecieron. Por ello la vida del grupo nacional aniquilado o afectado gravemente fue para los perpetradores *indigna de ser vivida*. Las órdenes de aniquilamiento dividieron a la población nacional entre ciudadanos dignos de serlo y otros declarados sin valor de vida, identificándoselos con el cáncer, la infiltración venenosa o con un tumor social que se hace necesario extirpar. Los miembros de este grupo nacional quedan reducidos, por órdenes secretas de aniquilamiento, a grupo sacrificable al que se puede asesinar sin cometer homicidio en beneficio de la sociedad y para que ésta viva.

En definitiva, pensar el genocidio desde las ciencias sociales proporciona al jurista y a los jueces una invalorable orientación. Desde la Convención de 1948 se avanzó lo suficiente para insistir en que no hay grupos raciales, étnicos e incluso religiosos que puedan fundar los requerimientos típicos del delito de genocidio desde un punto de vista estrictamente objetivo, porque en todo caso la única categoría que podría admitirse en las ciencias sociales es la de pluriculturalidad. La vida social de los últimos doscientos años tiende a disolver viejas identidades artificiales y crear otras nuevas, como la de clase o género, o como la más general de todas, la de nacionalidad en tanto ciudadanía en sentido amplio, que desde 1789 confronta con las versiones más radicalmente restrictivas

²⁴ *Ibíd.*

basadas en consideraciones raciales, étnicas, sociales o políticas. Que los perpetradores argentinos participaron en un plan de aniquilamiento de un grupo humano nacional no es ni remotamente novedoso²⁵. El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso *The Prosecutor vs. Goran Jeliscic*, llegó a la misma conclusión: las definiciones de los grupos mencionados en el artículo II de la Convención de 1948 siempre son arbitrarias de los perpetradores. El Tribunal Internacional para Rwanda, en el caso *Akayesu*, sostuvo que a los efectos de la aplicación de la Convención de 1948 debe considerarse grupo nacional a todo conjunto de personas que comparten lazos legales basados en la ciudadanía en sentido amplio. También esta sentencia, invocando la intención de los redactores del documento, fijó el criterio de que los grupos protegidos no deben limitarse a los enumerados, sino que debe entenderse que se encuentran protegidos todos los grupos que tengan la característica de *estabilidad y permanencia*. Nunca puede faltar el recurso a los datos sociales para la interpretación de un texto legal. Por ello también comete crimen de genocidio la autoridad que ejecuta un plan de exterminio contra enfermos mentales, pobres en situación de calle, jóvenes infractores o reincidentes o extranjeros que habitan el país. Cualquiera sea la categoría de personas declarada *sin valor de vida* por la autoridad y mientras se encuentren bajo soberanía del Estado, la ejecución sacrificial deberá considerarse como crimen genocida.

Rara vez delito y pena tienen igual contenido. Es un hecho extraordinario que merece atención. Sólo recientemente voces aisladas de la criminología reconocen en los crímenes masivos una manifestación de poder punitivo²⁶. Podría decirse que comienza el fin del reinado de

²⁵ Lo mismo ocurre en otras matanzas, como en Guatemala donde, independientemente de si los perpetradores tuvieron intención de aniquilar al pueblo maya en cuanto tal o por "subversivos", la parte de población afectada pertenece al grupo nacional identificado como enemigo absoluto; sobre ello, SANFORD, V., *Violencia y genocidio en Guatemala*, Guatemala, ob. cit., p. 41. Un panorama internacional, FOLGUEIRO, H.; FILIPPINI, L. y PARENTI, P., *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional*, ob. cit., pp. 215 y 229.

²⁶ ZAFFARONI, E., *La palabra de los muertos*, ob. cit., p. 489.

la idea de que la pena ilegal no es pena y que escapa al objeto de estudio de la doctrina penal y la ciencia criminológica. El mundo de representaciones políticas que fundan el castigo se derrumba cuando las prácticas genocidas se emparentan con el castigo en general. Cuando la autoridad destruye parte de la población para que la sociedad exista no hace otra cosa que volver a los fundamentos de la pena para todo delito común²⁷; no a la de una pena en particular sino al castigo como institución que separa sociedad humana de la imagen terrorífica de anarquía salvaje. En la actualidad conviven estas dos visiones antagónicas: la de una antropología política que describe sociedades humanas sin ley penal y otra donde doctrina penal y política ven en ello únicamente antisociedad y guerra de todos contra todos. Por el psicoanálisis conocemos la función pacificadora de una ilusión, pero también su carácter sustitutivo de la realidad y sus peligros. El genocidio también permite especular que en toda pena convive una razón determinante para el sacrificio humano: alguien tiene que morir para que la sociedad viva. De allí el carácter de *homo sacer* del enemigo interno, ocasional, relativo o absoluto. El compromiso ambivalente del liberalismo penal con los ideales de la pena, y a la vez con su regulación, puede explicarse en esa contradicción. Es siempre el mismo derecho penal de autor donde el principio liberal *la necesidad no conoce ley* se radicaliza en *derecho penal del enemigo*.

5. Encierro sacrificial

Para el enemigo interno relativo la sociedad industrial y de masas creó la institución total de secuestro. El poder punitivo utiliza múltiples limitaciones a la libertad ambulatoria, pero la más aflictiva entre todas es la prisión. Por los graves padecimientos que produce sobre la población

²⁷ La necesidad de destruir para afirmar la sociedad, en tanto doctrina de la pena, con todo derecho puede ser incluida entre los estados de desconocimiento frente a la masacre estatal que describe Stanley Cohen, con la particularidad de que la negación se produce antes para propiciar la urgencia de pena, y no después, como simple justificación, v. COHEN, S., ob. cit., p. 130.

prisionizada y en tanto pena —que se obliga a padecer para bien de la sociedad— no es diferente ni en sentido ni en ejecución a cualquier otro trato sacrificial. Esta institucionalización masiva de prisioneros se acepta como natural, o poco menos que ordinaria, y en verdad constituye una penalidad que no cuenta con más de dos siglos de antigüedad. El derecho penal rápidamente la asoció con un castigo cuyo contenido de mal está unilateralmente ligado a la privación de la libertad ambulatoria que humaniza sacrificios patibularios de la penalidad clásica, aunque bien pronto se verificó que el encierro concentracionario constituía un trato físico y psicológicamente aflictivo. Esto llevó a los primeros severos cuestionamientos y a proyectos de reforma para la supresión de los tratos crueles y degradantes²⁸. Los cambios estaban destinados al fracaso y se constató, desde el mismo momento en que la prisión se generaliza a principios del siglo XX, que el encierro concentracionario, lejos de normalizar criminales, está dotado de un efecto deteriorante y reproductor de violencia. Lejos de desaparecer se mantuvo, convirtiéndose en la columna vertebral del castigo moderno y en modelo de experiencias concentracionarias de exterminio. Las penas cortas de encierro fueron las primeras en ser objeto de crítica desde el primer congreso penitenciario internacional de Londres de 1872, desatando una crítica unánime a lo largo de todo el siglo XX²⁹. Su efecto se agravó por el aumento de prisionización de población vulnerable en todo el mundo, especialmente a partir de fines del siglo XX en los Estados Unidos y Rusia.³⁰

Con motivo del fenómeno de *inversión* del sistema penitenciario, particularmente grave es la situación de América Latina, donde predomina el número de presos sin condena sobre el de condenados, lo que no deja de producir motines seguidos de muerte y ejecuciones. La tendencia va

²⁸ ZAFFARONI, E., *La palabra de los muertos*, ob. cit., p. 69.

²⁹ MOLINARIO, A., "Las penas privativas de libertad de corta duración", ob. cit., p. 13 y ss.

³⁰ CHRISTIE, N., *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, ob. cit., pp. 83-91.

en el sentido de cambiar presos sin condena por condenados sin juicio³¹. La cárcel como tecnología para la normalización de delincuentes es una irrealidad. En los hechos, opera como pena de prevención especial negativa, es decir, como pena corporal por morbilidad o deterioro psicofísico y, eventualmente, de muerte por suicidio, homicidio o enfermedad. El fracaso del programa penitenciario resocializante conduce a una prisión genocida sin ideología donde la eliminación o el grave sufrimiento se acepta como consecuencia inevitable del encierro.

La perspectiva para el siglo XXI no es más alentadora, porque sin que aumente la tasa de delitos cometidos la prisionización de población vulnerable no deja de crecer, con el agravante de que igual trato concentracionario se ha comenzado a aplicar masivamente sobre poblaciones migrantes, lo que hace pensar en una imagen especular invertida de la vieja pena de deportación. A partir de la década del noventa del siglo pasado la Unión Europea desarrolló una política para la deportación de inmigrantes con la instalación de más de 420 campos concentracionarios sobre los que existe escasa información disponible.³²

³¹ ZAFFARONI, E., *La palabra de los muertos*, ob. cit., p. 536.

³² Sobre el trato punitivo al inmigrante, YOUNG, J., *El vértigo de la modernidad tardía*, ob. cit., p. 163 y ss. Información sobre el encierro de inmigrantes, en *Red Migreurop*, con sede en París, formada por 43 asociaciones y 37 miembros individuales de 16 países de Medio Oriente, África y Europa, v. www.redmigreurop.org.

EL CASTIGO Y SUS DESTINOS

1. Regresa la retribución

No es sólo de la descripción etnológica de donde parte la idea de que toda pena es sacrificial. El mismo derecho penal favoreció este cambio. Ante la crisis y la insostenible situación de la idea de pena como disuasión, neutralización o rehabilitación del crimen o el delincuente, desde hace ya al menos tres décadas está de regreso en la doctrina penal la vieja idea del castigo retributivo¹. Clasificada como doctrina absoluta de la pena, sin otro fin que declarar la sumisión de un enemigo a la autoridad o al derecho, el derecho penal vio en ella la expresión de un talión que adecuaba el sufrimiento a la magnitud del daño atribuido. Sin embargo, la clasificación de las penas en absolutas y relativas, según la autoridad persiga con ellas una utilidad social o no lo haga, hizo de la retribución una pena como fin en sí mismo, y se la relegó así al olvido. Pero el olvido académico no borra la memoria punitiva. La retribución siempre estuvo allí donde hay trato sacrificial. La pena como mal que se hace sufrir a una persona vulnerable en repuesta a otro mal para salvar la sociedad nunca se retiró ni del escenario punitivo civilizado ni de la sociedad salvaje, porque ésa es la característica de todo trato punitivo. Lo que sí es novedoso es el regreso de la idea retributiva de pena bajo la forma de una utilidad intangible, es decir, como ilusión: la pena no reforma delincuentes ni previene delitos, es simplemente sufrimiento cuya única función es refundar la sociedad y el derecho alterados por el mal atribuido al delincuente. Se la ha bautizado también como prevención, pero no en un sentido psicológico de disuasión y mucho menos como prevención de reincidencia, sino como afirmación de una autoridad punitiva puesta en tela de juicio

¹ Lo anticipa ZAFFARONI, E., *En busca de las penas perdidas*, ob. cit., p. 85.

por el crimen. Esta idea nunca desapareció del paradigma del derecho penal; hace al mito de la pena inevitable que está en la base de toda la doctrina penal dominante. Lo radicalmente novedoso es que la idea de retribución como fin en sí mismo encuentra en la doctrina de la prevención general positiva el mejor interlocutor para volver al ruedo con otra utilidad: *la de hacer creer que la pena, sin importar que evite delitos futuros ni reforme criminales, igualmente es un bien para todos porque sin hacer sufrir al criminal la sociedad puede deslizarse al caos o a la guerra de todos contra todos*. La prevención general positiva como retribución resume el mito de la pena inevitable para que la sociedad exista.

Como lo que se quiere para la pena no coincide con lo que la pena hace en la realidad, la función punitiva deja ver únicamente el mal que se obliga a sufrir y muy poco o casi nada de la necesidad del castigo. La "necesidad" de la pena se introduce por vía del mito de su inevitabilidad para que la sociedad exista, que la doctrina de la retribución hace explícito. En la civilización punitiva no está primero la retribución porque así parezca deducirse de los más antiguos textos racionales. También desde muy temprano las sociedades de Estado conocieron ideas preventivas y resocializadoras para el castigo. No obstante, tendrán que pasar más de dos milenios para que la sociedad industrial despliegue dispositivos institucionales de poder punitivo, impulsados por ideales de progreso y dominio sobre la naturaleza, que pongan en segundo plano las ideas metafísicas de retribución. Pero no hay que confundirse: en la historia del poder punitivo nunca dejaron de coexistir todas las combinaciones imaginables para atribuir a la pena una función positiva en la sociedad; más aún, a la propia doctrina retributiva o de merecimiento punitivo siempre se la reconoció como defensa social, de igual modo a como lo hace la doctrina de la prevención general negativa (disuasión) o la prevención especial positiva (resocialización). Entre todos los aspectos particulares que identifican a cada una de estas doctrinas y sus fusiones, en la retribución sobresale un apego con la práctica sacrificial del que carecen otras justificaciones.

Durante el auge positivista en Europa y en la mayor parte de América Latina durante fines del siglo XIX y la primera mitad del siguiente, quiso verse al castigo por fuera de todo contenido punitivo y en favor de una nueva tecnología terapéutica individual o social. Se denunció a la retribución como pura metafísica olvidando que la pena le debe más a las invenciones irracionales del espíritu humano que a cualquier utilidad que quiera esperarse de ella en beneficio de la sociedad. El sueño del positivismo, del que no era ajeno tampoco el pensamiento penal conservador para aquellos infractores habituales e incorregibles, fue reemplazar castigo fundado en injusto culpable por medidas de seguridad y encierro terapéutico en función, únicamente, de un estado peligroso sin delito. Se propone reemplazar pena por medida de seguridad y delito por estado peligroso o pronóstico de peligrosidad, porque la sociedad de castigo es incompatible con la idea de progreso y de ciencia aplicada a los conflictos sociales. El punto de vista cientificista frente al metafísico para la explicación de las causas del crimen y de la delincuencia fue un gran factor de entusiasmo con el que se creyó, por fin, enterrar para siempre las viejas ideas de delito y pena como supersticiones de un pasado premoderno. Pero el programa positivista fue tan radical que no sólo resultó irrealizable para cualquier gobierno en situaciones normales, sino que en su versión fuertemente racista y ante la emergencia punitiva desembocó en verdaderas masacres estatales que dejarán su marca de barbarie sacrificial a lo largo de todo el siglo XX.

Puede llegarse a una imagen equivocada de la verdadera influencia del positivismo peligrosista, si sólo se tiene en cuenta su influencia cultural en medios doctrinarios jurídicos o criminológicos. Pese a la enorme influencia que tuvieron estas ideas, la práctica punitiva judicial nunca dejó de castigar criminales comunes según las ideas tradicionales del delito, como infracción de una norma penal o lesión a un bien jurídico tutelado por tipos penales, ni nunca se abandonó del todo la idea del castigo como merecimiento por el hecho injusto y culpable. La cultura académica y la corporación judicial penal pudieron sentirse amenazadas por la competencia de médicos, criminólogos, sociólogos y policías, pero el programa positivista era de por sí impracticable para la normalidad

y de muy difícil legitimación en los casos extremos de intervenciones sacrificiales para vastos grupos de población vulnerable. ¿Cómo imaginar una gobernabilidad punitiva sobre la base de encierros masivos dictados por pronósticos de peligrosidad? Es cierto que en este período y en el que sigue a la crisis del positivismo no dejó de aplicarse poder punitivo sacrificial de estas características para enemigos incorregibles o absolutos, pero tanto el grueso de la legitimación de la doctrina penal como la práctica forense continuaron apegadas a la idea clásica de que el castigo no puede ser resultado sino de un delito declarado por sentencia judicial condenatoria. Como se entrevió desde muy temprano, la paz entre las escuelas se logra por fuerza de los hechos. Jueces y académicos se afirman en el terreno del delito, en el de la fundamentación de la pena y su graduación. El positivismo, en cambio, conservará su dominio en el tratamiento penitenciario. Cuando se acepta finalmente una soberanía sobre el delito y la pena y otra sobre el delincuente, termina una vieja disputa de corporaciones por la hegemonía del saber y la práctica sobre el crimen y el delincuente.

Por su parte, una criminología sociológica del delito y de la pena será heredera del positivismo pero únicamente como disciplina auxiliar del poder punitivo, o en todo caso como crítica. La verdadera novedad en la segunda mitad del siglo XX es la reaparición del positivismo peligrosista por donde menos se la esperaba. Es la propia doctrina penal que reintroduce la idea de peligro como fundamento y causa de trato punitivo. No lo hace como pronóstico de peligrosidad basado en criterios criminológicos, la fuente es exclusivamente normativa. Una conducta humana, por el solo hecho de contravenir una norma penal, resulta una falta al deber de sumisión expresiva de infidelidad a la autoridad y, por ende, un peligro para la sociedad que encuentra en el trato punitivo una retribución necesaria para conjurarlo. *Un programa irrealizable de estado peligroso sin delito para habilitar trato punitivo se reactiva en otra programación criminalizante basándose en la idea de delito como infidelidad al deber de sumisión.* El positivismo criminológico, para neutralizar criminales, desplazaba el delito por un diagnóstico de peligrosidad. Al mismo resultado llega el normativismo penal cuando transforma el concepto de delito en

pura infracción de deber y habilita trato sacrificial cuando lo único que se afecta es la regla penal de sumisión forzosa. En general, para hacer esta reducción se desplaza al delito doloso de resultado de su posición de privilegio a favor de otras formas típicas de ilícito –tentativa, imprudencia u omisión–, en las que predominan la afectación normativa por sobre el conflicto lesivo para la configuración de la imputación penal que habilita castigo². Cuando doctrina penal o criminológica renuncian al requerimiento de conflicto lesivo para alguien como fundamento para habilitar trato punitivo sacrificial, poco importa que se lo haga bajo la impronta del estado peligroso sin delito o del delito como infidelidad a la autoridad normativa. Por ambas vías se autoriza poder punitivo sacrificial a partir de un síntoma de peligrosidad y para refundar una sociedad amenazada por la disolución en el caso de ausencia de pena. La evolución de la doctrina penal tiende hacia posiciones extremadamente antiliberales y con ello la idea retributiva o de prevención general positiva de la pena se filtra en los requerimientos formales del concepto de delito: la solución sacrificial se hace contenido de la culpabilidad penal. Es suficiente con señalar aquí que mientras que en el viejo positivismo la fuente de peligrosidad es el delincuente, en el nuevo positivismo normativista la fuente de riesgo para la sociedad es la mera afectación a la regla de sumisión. Igual que aquel positivismo también éste parece políticamente irrealizable, porque no termina de encontrar respuesta en los códigos penales estatales, que siguen mayormente estructurados alrededor de los delitos dolosos de resultado, y porque para la administración de justicia punitiva un programa de semejante envergadura sacrificial sería un nuevo motivo para el desprestigio, aun bajo fuertes presiones de la opinión pública y la criminología mediática.

El cambio producido en la dogmática del delito en las últimas décadas tiene un alto contenido sacrificial, lo que obliga a un mayor esfuerzo teórico y práctico para su contención. La idea del delito como infracción al deber de sumisión a la autoridad es tan vieja como el mismo poder

² ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., ob. cit., p. 444 y ss.

punitivo. Prueba de ello es que en las más antiguas codificaciones penales la infidelidad más grave de un súbdito es la que proviene del conjunto de definiciones legales de *lesa majestad* en la que se ve claramente la pena pero no el delito. El poder punitivo, cuando irrumpe en la historia humana, lo hace apropiándose de los conflictos particulares como afectación siempre de *lesa majestad*, situación que hasta el presente no ha cambiado, lo que demuestra la existencia de una poderosa pulsión que no deja de presionar para que lo injusto sea tenido como violación al deber de sumisión, especialmente en situaciones de grave tensión social, es decir, cuando las demandas sacrificiales se ponen a la orden del día. Es interesante observar que a los estragos sacrificiales causados por reducción de todo delito a crimen de insumisión siguió generalmente una reacción contraria en la misma corporación punitiva, en la académica o en la política, cuando la situación se vuelve más favorable a la crítica y al cambio. Así ocurrió con la inquisición penal y sus críticos, con el régimen patibulario clásico y el derecho penal ilustrado, en el derecho penal liberal frente al poder punitivo genocida, y en el presente entre derecho penal de enemigos y derecho penal reductor de poder sacrificial³. Lo que no puede evitarse cuando se racionaliza el delito como infidelidad al deber es que el trato punitivo que lo acompaña adquiera una cualidad eminentemente sacrificial: al delito de insumisión le sigue un mal equivalente para salvar la sociedad en peligro. A la vez que se hace del delito una infracción al deber, no faltan sistematizaciones que hacen de la culpabilidad por el ilícito una verdadera razón de estado para castigar en la medida que sea necesario para estabilizar la vigencia normativa que la insumisión pone en entredicho. Con esta culpabilidad como *razón de estado*, la pena está allí para refundar autoridad frente a lo injusto. Como ilusión o imaginario la idea retributiva no puede ser confrontada ni por el fracaso en la prevención de delitos futuros ni por el fallido ideal resocializador. No hay razones que puedan contradecirla. En tanto mito, el sacrificio punitivo es inmune

³ ZAFFARONI, E., *En busca de las penas perdidas*, ob. cit., p. 39 y ss.; PAVARINI, M., *Control y dominación*, ob. cit., p. 33 y ss.; BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, ob. cit., p. 167 y ss.

a estos datos de realidad. Si la penalidad aparece como sacrificio punitivo en la sociedad de iguales y la generaliza la sociedad de Estado por efecto de una división social verticalizante, su persistencia le debe menos a una utilidad racional a favor de la sociedad que a un beneficio "irracional" en la economía patibularia de las emociones, de la que siempre resulta una grave puesta en peligro para todos. Poder punitivo es organización consciente de *maltrato* para satisfacción sustitutiva ante un malestar que se vivencia insoportable. Esta formidable visión introspectiva sobre las pasiones que gobiernan la vida psíquica es sistematizada por la filosofía política moderna y el derecho penal ilustrado bajo el imperio de la fantasía: el terror a la anarquía y a la muerte que amenaza toda sociabilidad por falta de autoridad punitiva soberana. La retribución está de regreso en la doctrina de la prevención general positiva como lobo en piel de cordero.

El psicoanálisis es el discurso con experiencia clínica y teórica que puede hacer frente a esa institución escurridiza. El hecho es que el descubrimiento del inconsciente para el derecho penal no sólo representa el certificado de defunción de algunas de las ficciones penales más relevantes, como la culpabilidad a la que se creía ligada a elecciones pretendidamente incausadas, sino, fundamentalmente, es el responsable del desmoronamiento definitivo de la "alocada fantasía" de que el único destino de la pulsión de agresión es el homicidio doloso y el miedo a la muerte la única fuente de grave malestar que está en la base del mito de la pena inevitable para que exista sociedad; sin olvidar tampoco que para el psicoanálisis no habrá satisfacción pública más que como solución de compromiso de una satisfacción individual, que es la razón que hace a la pena verosímil y persistente en el tiempo.

En este sentido, es preciso volver sobre la descripción crítica de los discursos legitimantes de poder punitivo por dos razones. En primer término, porque aún en ausencia de corroboración empírica conservan vigencia en la creencia de legos y especialistas, con frecuencia en combinaciones marcadas por el eclecticismo y la hibridez. En rigor, no hay nuevos discursos sino simples enunciaciones de lo viejo y tradicional.

En segundo lugar, por la marcada disparidad que da lugar a construcciones por completo diferentes e incompatibles, lo que evidencia una crisis permanente en el discurso, que en la práctica se traduce en una pluralidad de justificaciones que permiten racionalizar cualquier decisión sacrificial con algún discurso apropiado para la ocasión punitiva. Las asignaciones de funciones manifiestas al trato punitivo son variables de la general función de defensa social. Incluso las construcciones que renuncian a todo contenido empírico o pragmático, como la idea retributiva o de prevención general positiva, no pueden eludir presentar la pena como defensa frente al caos social que implicaría su renuncia. Todas las asignaciones de funciones manifiestas se clasifican de modo análogo desde 1830⁴ y legitiman la confiscación del conflicto entre partes en favor de la solución punitiva en el imaginario de defender, tutelar, conservar, refundar la sociedad a través de la protección de la autoridad normativa.

Existen dos grandes grupos de modelos legitimantes de poder punitivo, contruidos a partir de funciones manifiestas asignadas por la doctrina: los que pretenden que el valor positivo de la criminalización actúa sobre los que no han delinquido, llamadas teorías de la prevención general y que se subdividen en negativas (disuasorias) y positivas (reforzadoras de la autoridad), y los que afirman que la pena actúa sobre los que han delinquido, llamadas teorías de la prevención especial, y se subdividen en negativas (neutralizantes) y positivas (resocializadoras). Cada una de las teorías abarcadas en estos grupos está sometida a la crítica desde dos perspectivas: la que proviene de los datos sociales respecto de la función consciente asignada y la que atiende las consecuencias de una legitimación del sufrimiento físico o psíquico de la población bajo soberanía punitiva. En cada uno de estos conjuntos es necesario no perder de vista la función manifiesta atribuida a la pena y sus consecuencias en cuanto a la forma en que conciben la defensa social que postulan, la esencia del

⁴ ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., ob. cit., p. 53; JESCHECK, H. H., *Tratado de derecho penal, Parte general*, ob. cit., p. 53 y ss.; ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, ob. cit., p. 78 y ss.; JAKOBS, G., *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., p. 20 y ss.

delito que habilita castigo y la medida de la pena en tanto destrucción o intensidad de dolor.

La *retribución*, como "teoría" absoluta, quiere una satisfacción pública mediante un mal en respuesta compensatoria, en los límites del talión, a un mal previo que no puede quedar sin respuesta a riesgo de disolverse la sociedad. La doctrina de la *prevención general negativa* se acerca a la absoluta cuando pretender disuadir para evitar el efecto de contagio y mimético de las agresiones interpersonales mediante una intensidad de castigo en relación con el injusto y la culpabilidad. Se aproxima aún más a la retribución cuando la disuasión tiene por objetivo la tutela de bienes jurídicos de la población a través del imperativo de sumisión incondicional del habitante a la autoridad, que se deduce de la norma penal, y cuando al delito que la habilita se lo reduce a mera desobediencia. La intensidad de la pena se establece por la medida que se crea necesaria para restaurar la obediencia. La "teoría" de la *prevención general positiva*, en su versión etizante, pretende reforzar simbólicamente internalizaciones valorativas del sujeto no delincuente para conservar valores éticos-sociales de la autoridad frente a acciones que los ponen en crisis y en las que la intensidad de la pena tiene el límite que le fija la necesidad del reforzamiento. Se liga al funcionalismo sociológico cuando quiere hacerse de la pena un ritual de refundación de la sociedad. El derecho se estabilizaría con sufrimiento que se obliga a padecer a quien se atribuye un acto de enemistad y en la medida necesaria para el reequilibrio del sistema social. La "teoría" de la *prevención especial negativa* asigna a la pena la función de eliminación o neutralización física del criminal al que se considera irrecuperable por su degeneración biológica, lo que permitiría conservar la sociedad, considerada como organismo biopsicosocial que se altera con delito como un cuerpo sano frente a una invasión patógena. Estos modelos suelen combinarse con la *prevención especial positiva* que atribuye al castigo la función de reparar la inferioridad peligrosa del criminal en la medida necesaria para su rehabilitación social. No falta tampoco que todas combinen con una forma de positivismo etizante donde el delito es expresivo de una degeneración moral y el castigo, en la

proporción necesaria, un mal con el que se quiere reparar aquella inferioridad ética.

2. Prevención general negativa

La prevención general negativa, en su versión pura, aspira a la disuasión de la población vulnerable que no es objeto de poder punitivo, pero puede serlo en el futuro, tentada por efecto de la agresión mimética. Con este discurso el castigo asume una función utilitaria, libre de toda consideración metafísica y, por tanto, su medida es la necesaria para intimidar con ejemplo punitivo. Se parte de una idea de humano como ente racional, que especula con costos y beneficios. La antropología básica es la misma de la lógica del mercado, e incluso se la ha racionalizado expresamente aplicando el modelo económico al estudio del delito, dando por sentado que el delincuente, previo al acto injusto, hace un cálculo racional entre beneficio esperado del crimen y costo de una eventual pena⁵. De los datos de la observación empírica puede concluirse que la criminalización pretendidamente ejemplarizante, al menos respecto del grueso de la población criminalizada por delitos con finalidad lucrativa, sigue la regla selectiva de la estructura punitiva que siempre recae sobre grupos o individuos vulnerables. Por ende, la disuasión está guiada por la vulnerabilidad y respecto a los delitos que aquéllos suelen cometer. La irrealidad del programa resulta, incluso entre población vulnerable, porque la criminalización secundaria es selectiva de modo inverso a la habilidad para los delitos específicos. Cuando el poder punitivo selecciona hechos de fácil criminalización, lo que la amenaza de pena impulsa es una mayor elaboración delictiva como regla de supervivencia del potencial autor. Respecto de otras formas más graves de criminalidad, el efecto de disuasión parece ser aún menos sensible. Cometidos por personas de baja vulnerabilidad al poder punitivo (*cuello blanco*, corrupción o genocidio), por lo general éstas no consideran la amenaza de pena menos como límite que como

desafío. En otros casos, los autores operan en circunstancias poco propicias para el juicio crítico sobre la amenaza penal (la mayoría de los homicidios dolosos) o porque sus motivaciones son fuertemente inconscientes o patológicas (abuso sexual). Las únicas experiencias de efecto disuasivo del poder punitivo que se pueden verificar son las de las masacres estatales y por el tiempo que el grupo perpetrador permanece en el poder. Es verdad que eventualmente, sobre todo en casos de delitos de menor gravedad, la criminalización primaria puede tener efecto disuasivo sobre alguna persona, pero esta excepción no autoriza a generalizar su efecto extendiéndolo arbitrariamente a toda la criminalidad grave. El exitismo de la teoría proviene de la ilusión punitiva fundada en la inexistencia de sociedades sin normas penales para sus conflictos. Pero se pasó por alto que en la sociedad de conflicto la mayoría de la población evita conductas aberrantes y lesivas por una compleja red de motivaciones inconscientes y conscientes, muchas de ellas originadas en limitaciones normativas de muy diferente origen al punitivo y que nada tienen que ver con el temor a la criminalización secundaria. Para las ciencias humanas está claro que no hay sociedad sin norma, pero la ley de la socialización humana no es de naturaleza sacrificial. Por el camino contrario, el concepto de cultura se reduce a poder punitivo. Cuando una catástrofe natural, una epidemia o la guerra alteran en profundidad todas las relaciones interpersonales, no es improbable que la autoridad apele a la prevención general disuasiva con medidas ejemplarizantes para el robo u otras agresiones en interés de evitar males mayores. Pero aun en estos casos extremos en que se aniquila las verdaderas bases culturales de la disuasión, no basta con restablecer poder punitivo ordinario para volver a la normalidad.

En la práctica, la ilusión de prevención general negativa hace que las agencias políticas eleven los mínimos y máximos de las escalas penales, en tanto que las judiciales —presionadas por la empresa comunicacional— impongan penas irracionales a unas pocas personas de mayor vulnerabilidad y poco hábiles que resultan cargando todo el mal como entes sacrificiales. Se trata, entonces, de una racionalización propiciatoria de degradación funcional de los operadores judiciales. En el plano político y teórico esta enunciación permite legitimar la imposición siempre

⁵ Sobre ello, ampliamente, en ROBINSON, P., ob. cit., p. 61 y ss.

de sufrimientos más graves, porque la disuasión siempre es una carrera cuya meta nunca termina de alcanzarse, ni siquiera en la eliminación física de los enemigos del derecho. El discurso intimidatorio ejemplificador coherentemente desarrollado hasta sus últimas consecuencias agota el catálogo de penalidad en la de muerte. En este esquema disuasivo, el delito pierde su esencia de conflicto lesivo para alguien para reducirse a una infracción formal o lesiva de un único derecho subjetivo, el del estado a exigir obediencia. Se afirma al poder judicial en una posición de perpetrador sacrificial restándosele capacidad para limitar trato punitivo irracional. Por otra parte, el grado de dolor que debe aplicarse para hacer internalizar miedo no depende menos de lo que se haga con el culpable que de un estado de terror construido externamente al conflicto. Por ello, debe convenirse que bajo esta perspectiva las penas aumentan en razón directa a la frecuencia de los hechos y al modo de tratamiento de la empresa comunicacional para instalar miedo y terror entre la población. En este cuadro la pena para el infractor no guarda ninguna relación con el contenido injusto del hecho cometido; su medida depende de la percepción general de la criminalidad. En situaciones críticas de grave conflicto social, cuando aumentan los delitos contra la propiedad y las agresiones físicas, esta lógica intimidatoria amplifica penas para población vulnerable facilitando la solución sacrificial.

Se ha sostenido que la función de prevención general trata al infractor como sujeto racional, pero esta opción es falsa. Por lo general, la racionalidad se ejerce en razón inversa a la gravedad del injusto cometido. Dar por sentado que el ser humano hace un frío cálculo de costo-beneficio frente a cada impulso delictivo es otra ficción del penalista. Debido al tremendo colapso ético que significa este utilitarismo, los partidarios del discurso de la disuasión tratan de limitar la medida de la pena de un modo diferente al que señala la lógica misma de la intimidación; para ello piden en préstamo un aspecto de la vieja idea de venganza retributiva. De este modo se produce una contradicción insalvable. Si la medida del talión retributiva no alcanza para aterrorizar a la población inocente, la pena pierde su destino. Para cumplirlo, tiene que superar el límite del talión, o bien, debe distinguir entre la parte sana de la población (que se

intimida con pena retributiva) y los patológicos que requieren una prevención especial ilimitada, concluyendo en algún sistema que combine penas limitadas para los normales y penas ilimitadas para los anormales.

La cultura punitiva disuasoria exige que se impongan penas mayores a los que registran condenas anteriores. Con frecuencia la vulnerabilidad del reincidente al poder punitivo es mayor frente a infractores que no padecieron encierro concentracionario. Para sostener el fundamento punitivo de la reincidencia se debe renunciar a una culpabilidad penal por el acto y, en cambio, propiciar una culpabilidad de autor entendida como reproche de existencia. Con ello cuantifican pena en razón a la "conducción de vida", convirtiendo a las agencias judiciales en vehículos de una razón de Estado que sacrifica población vulnerable con motivo de una alteridad social inevitablemente defectuosa.

3. Prevención general positiva

Frente a lo insostenible que se hace, ante los datos de realidad, la tesis de la prevención general negativa, en las últimas décadas ha tomado cuerpo la legitimación discursiva que pretende volver sobre el aspecto afirmativo del orden social de la venganza retributiva pero renovada con elementos de la sociología funcional sistémica⁶. En este sentido, la criminalización se funda en su efecto positivo por el valor simbólico productor de consenso y reforzador de confianza en el sistema social general y en el sistema penal en particular. El poder punitivo se ejerce porque el delito pone en cuestión la validez del orden normativo y la configuración de la sociedad conforme a esas pautas. Se hace sufrir sin fines de mejoramiento, sin que la reparación a la víctima interese y por fuera de todo objetivo intimidatorio sobre la población. La pena se convierte en ritual

⁶ BARATTA, A., "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal", ob. cit., p. 77 y ss.; ZAFFARONI, E., "La crítica sociológica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica", ob. cit., p. 15 y ss.; ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., ob. cit., p. 57.

expiatorio y no comunica nada sobre cómo el mal que se hace padecer al culpable produce bien para la sociedad. El delito es un mal que afecta la existencia misma de la sociedad, y la pena es otro mal de naturaleza pública: la respuesta contrafáctica restaurativa de un orden social en peligro de caos en caso de impunidad. La pena en concreto debe superar la perturbación producida por el conocimiento público del crimen, que es lo único que interesa comunicar. Un sentido pacificador que cierra la grieta abierta por el hecho injusto en los sentimientos y creencias. En definitiva, el delito es para esta doctrina una mala propaganda que pone en peligro la existencia de la misma sociedad y la pena una forma en que el poder punitivo sacrificial hace publicidad neutralizante. Esta doctrina se diferencia poco de las ideas absolutas que Kant y Hegel⁷ tenían sobre la pena, y lo mismo puede decirse de los filósofos neocontractualistas, como es el caso de Robert Nozick, para quien el miedo general justifica prohibir aquellos actos que producen temor en la población, aun cuando las víctimas saben que serán indemnizadas, porque el miedo puede administrarse a favor de la seguridad pública⁸.

Desde la realidad social esta doctrina se sustenta en mayores datos reales que la anterior. Para la prevención general positiva el orden social tiene su fundamento también, y principalmente, en las creencias y apegos afectivos de la población. Por esta característica se indiferencia de la venganza retributiva. Una persona es criminalizada porque de ese modo se normaliza la opinión pública. Desde esta perspectiva, como los crímenes de cuello blanco no alteran el consenso mientras no sean percibidos como conflictos delictivos, su criminalización no tendría sentido. En la práctica, se trata de otra ilusión mejor sistematizada que se mantiene en la opinión profesional y mediática; la gente cree en ella y alimenta la fantasía del mito de inevitabilidad de pena para que exista sociedad. Es la combinación perfecta entre la idea instrumental de una religión pacificadora de corazones con la tesis secular que ve en la pena una respuesta

⁷ ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., ob. cit., p. 58.

⁸ NOZICK, R., *Anarquía, estado y utopía*, ob. cit., p. 78.

suficiente para la cohesión social con la que el Estado evita la guerra de todos contra todos. Por esta mezcla de discursos se otorga valor socialmente positivo a la punitión ejemplarizante de un chivo expiatorio como creador de consenso, sin preocupación de que no suceda nada respecto del universo de personas que protagonizan injustos más graves, que por su diferente entrenamiento social o mayor habilidad y poder no resultan sujetos del poder punitivo. En cualquier caso, las consecuencias sociales de esta lógica punitiva no difieren de la prevención general negativa: el conflicto social es inversamente proporcional al consenso y el delito se presenta más como causa de crisis que como consecuencia. A ello le sigue la imposición de mayores penas, tanto para satisfacer la ilusión de mayor confianza en el orden social como para afirmar la primacía del derecho en el desorden.

La idea que hace de la criminalización de los más torpes y vulnerables un medio para el reforzamiento del orden social es insostenible. Es verdad que la pena provoca consenso en la medida en que la gente cree en ella, pero no porque refuerce valores éticos o sociales de la población y menos aún porque el crimen ponga alguna vez en peligro la existencia social. Al contrario, la selectividad punitiva refuerza la convicción de que pueden seguir cometiéndose impunemente en tanto el castigo continúe recayendo sobre los más vulnerables, sin que este dato de realidad pueda ser controvertido por la queja del penalista de que lo que falla no es la ley sino su aplicación. En la práctica, esta doctrina conduce a la legitimación de poder sacrificial. Se renueva el despotismo ilustrado en términos de razón cínica. Lo relevante para su legitimación está en su capacidad para el engaño. Desde lo teórico, la criminalización se presenta como ritual simbólico para bien de la sociedad. Nada diferente a la ceremonia sacrificial primitiva. La medida de la pena para este derecho penal es la que resulte adecuada a la renormalización de una ilusión, aunque el grado de desequilibrio del sistema no dependa del contenido injusto o culpable de la conducta del sujeto sacrificial. El monto de padecimiento se hace depender del esfuerzo necesario para consumir una fantasía colectiva. La lógica de la prevención general positiva indica que cuando un sistema social se encuentra muy desequilibrado por defectos estructurales,

por injusticia distributiva, de privaciones relativas, por la selectividad del poder, etc., será necesario mayor dosis de sufrimientos sacrificiales para crear confianza sin ahorro en criminalizaciones eventualmente atroces y medios de criminalización inquisitorios. La tendencia es privilegiar la ilusión de eficacia sacrificial en los casos de mayor visibilidad mediática y a olvidarse del resto de la conflictividad penal que no es promocionada por la empresa comunicacional.

En verdad, la prevención general positiva asentada en una concepción de la sociedad como sistema fue precedida por otra en el marco de una etización del discurso penal⁹. Esta versión etizante pretende que el poder punitivo sea un agente cultural, donde con pena sacrificial se refuerzan valores ético sociales como si el Estado fuera un hipermercado del maltrato y la sociedad de clases —por la que el Estado existe— la fábrica de valiosas mercancías. El sacrificio humano al servicio de la educación del pueblo constituye el absurdo y la tragedia más grandes de la especulación profesional sobre los asuntos humanos. La razón cínica se corona cuando la eticidad se refuerza con el sacrificio punitivo de la parte maldita de la población.

La única conexión que puede tener el derecho penal con la ética no proviene de la legitimación del poder punitivo frente al delito como caída moral, sino precisamente de su contención y limitación por tratarse de una ilusión sacrificial con enormes perjuicios sociales en términos de destrucción de vidas humanas y de arrasamiento de la subjetividad. Una práctica fundada en esta particular doctrina no sólo no refuerza ningún valor ético sino que, al contrario, fomenta la certeza de que quienes son invulnerables al poder punitivo lo seguirán siendo, agravándose la crisis de moralidad en un círculo sacrificial para el cual la sociedad de clases cuenta con la reserva de suficientes chivos expiatorios. Sin embargo, la mayor aberración de esta doctrina proviene del hecho de considerar que la ley penal recoge desinteresadamente para la tutela sacrificial los más

⁹ Ibid., p. 59.

importantes valores para la vida humana como si la sociedad de Estado hubiese sido creada para el libre desarrollo de todos y cada uno.

No sorprende que el valor positivo que la doctrina atribuye al trato punitivo esté ligado a visiones de orden social provistas por las ciencias naturales. Se equiparó a la sociedad con la vida de un organismo, al que se considera regulado por un principio de equilibrio para el que intervienen en su favor las funciones de sus partes o subsistemas. Este paradigma compite con otro que dice que en la vida natural, para la materia y los asuntos humanos en sociedad, e incluso en el funcionamiento de la psique, la tendencia es al desorden, a la falta de equilibrio o a la destrucción¹⁰. Orden social y anarquía parecen describir situaciones que existen sólo en la imaginación, bien como esperanza pacificadora o fantasía terrorífica, porque ni el delito tiene la capacidad para destruir una sociedad ni el trato punitivo posee atributos para refundarla pese a todo el empeño que se pone en ello. El penalista también debería tomar nota de que entre las más generales justificaciones y negaciones que hace el condenado de su hecho, cuando se trata de un delito común, en ningún caso surge de ellas una impugnación consciente al orden social ni una motivación para destruirlo¹¹. El delincuente de la selectividad punitiva no es un rebelde¹², situación que la criminología crítica demoró en reconocer, en parte, por el esfuerzo consumido en erradicar la imagen del delincuente degenerado y en colocar en su lugar al poder punitivo en tanto causa de los verdaderos peligros para la sociedad humana.

En el plano teórico, cabe deducir —de esta versión etizante o sociológica— al delito como un síntoma de enemistad y poco o nada como

¹⁰ Desde una perspectiva antropológica, BALANDIER, G., *El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales*, ob. cit., p. 87 y ss.

¹¹ SYKES, G. y MATZA, D., "Techniques of neutralization", ob. cit., pp. 664-670; las aplica para los perpetradores de genocidio, COHEN, S., *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, ob. cit., p. 81 y ss.

¹² YOUNG, J. y LEA, J., *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, ob. cit., p. 261. El delito como reacción a las condiciones de la sociedad capitalista, en QUINNEY, R., *Clases, Estado y delincuencia*, ob. cit., p. 88.

conflicto lesivo para alguien. La mera contrariedad normativa, independientemente de cualquier daño, es manifestación de un grave debilitamiento de los valores éticos-sociales (la conciencia jurídica de la población) o de una perturbación también grave a las expectativas de conducta orientadas con castigo. Esta lesión normativa tiene por grave inconveniente el que no resulte posible medir racionalmente y, en consecuencia, la pena que se habilita lo es en la medida de una enemistad librada a la opinión pública, en la cual el juez se coloca en posición de intérprete.

4. Prevención especial positiva

Según el modelo moral primero y más tarde el médico-policial, se intentó durante gran parte de los siglos XIX y XX legitimar poder punitivo confiriéndole a la pena una función positiva de mejoramiento del delincuente¹³. Para la última generación de penalistas y criminólogos es un hecho que el encierro concentracionario deteriora gravemente las condiciones físicas y psíquicas del prisionero, con consecuencias irreversibles, hasta el punto de equiparar la condena de prisión a una pena de muerte eventual. Se observó en el encierro concentracionario el efecto reproductor que tiene sobre la criminalización la fijación institucional de un rol de delincuente, como los efectos regresivos para el adulto cuando se lo somete a controles propios de la etapa infantil. La promesa

¹³ La bibliografía argentina sobre el tema es inmensa. Trabajos recientes que remiten a ella y recrean los presupuestos de esta tradición, CREAZZO, G., *El positivismo criminológico italiano en la Argentina*, ob. cit., p. 29 y ss.; ZAFFARONI, E., "La mala vida o los prejuicios vestidos de ciencia", ob. cit., p. 23 y ss.; ANITUA, G. I., *Historia de los pensamientos criminológicos*, ob. cit., p. 119 y ss.; SOZZO, M., "Los exóticos del crimen. Inmigración, delito y criminología positivista en la Argentina...", ob. cit., p. 19 y ss.. Un panorama más general del positivismo argentino con amplia bibliografía, en SOLER, R., *El positivismo argentino*, ob. cit.; BIAGINI, H. (comp.), *El movimiento positivista argentino*, ob. cit. y TERÁN, O., *Positivismo y nación en la Argentina*, ob. cit. Sobre el positivismo penal en Brasil, BRITO, R. y FREITAS, A., *As razoes do positivismo penal no Brasil*, ob. cit., p. 297 y ss.

de mejoramiento es de imposible cumplimiento porque la prisión potencia la internalización de roles conflictivos y los fija a través de un rígido gobierno inferiorizante. Se trata de una imposibilidad estructural del universo de ideologías "re": resocialización, reeducación, reinserción, repersonalización, reincorporación¹⁴. Estas ideologías se encuentran tan deslegitimadas frente a los datos de la ciencia social que se esgrime, como argumento en su favor, la necesidad de sostenerlas para no caer en un retribucionismo sacrificial extremo que termine por legitimar la conversión de la cárcel en campo abierto al exterminio. Riesgos de homicidio y suicidio en prisión diez veces superiores a los de la vida libre, apremios ilegales, torturas, motines violentos, violaciones, corrupción, privaciones médicas, psicológicas, alimentarias e higiénicas, enfermedades infecciosas, algunas mortales, son las características que convierten a la pena de prisión en un padecimiento sacrificial en el cual la pérdida de libertad es su manifestación lesiva menos evidente. Más del cincuenta por ciento de los presos en el mundo son preventivos¹⁵. La prisionización se ejerce sin condena previa, en forma de pena corporal y eventualmente de muerte.

En el plano teórico este discurso parte de la ficción —necesaria— de que la pena es un bien para el que la sufre, sea de carácter moral o psicofísico. En cualquier caso, oculta el carácter penoso del castigo y llega a negarle incluso ese nombre reemplazándolo por el de sanciones y medidas. Si la pena es un bien para el condenado, su medida será la necesaria para realizar la ideología re que se sostenga y no requerirá otro límite. El delito, bajo este punto de vista, es síntoma de inferioridad que indica al Estado la necesidad de aplicar el mágico remedio de la pena. Si el delito es síntoma, la ideología re debe postular que a partir del síntoma el Estado debe colonizar la personalidad del culpable porque la inferioridad lo afecta en su totalidad. Por ello, estas ideologías no pueden reconocer mayores límites a la intervención normalizadora. Como la intervención

¹⁴ ZAFFARONI, E., *La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo*, ob. cit., p. 36 y ss.

¹⁵ ZAFFARONI, E., *La palabra de los muertos*, ob. cit., p. 532.

punitiva es un bien en tanto recurso sanitario o de salud pública, no es necesario definir con mayor precisión el concepto de delito habilitante de castigo, bastando para ello una indicación orientadora general. De igual modo, en el plano del proceso penal no sería necesario un juicio de partes dado que el tribunal asume una función tutelar del culpable a causa de su inferioridad.

5. Prevención especial negativa

Para la doctrina de la prevención especial negativa la criminalización también se dirige a la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad o enemistad. Cuando se dirige directamente a la destrucción, la semejanza con el aspecto externo del sacrificio no puede ser mayor. Si no se la enuncia de manera franca y directa, se lo hace en combinación con ideologías *re*. Si éstas fracasan o se descartan, se apela a la eliminación o neutralización. Como esto siempre ocurre en la realidad social, la neutralización no es más que una atrocidad impuesta por selección arbitraria. Su éxito preventivo se limita al culpable eliminado. Desde el plano teórico, igual que el discurso anterior –del cual es complemento– la salud del organismo es lo importante, con la diferencia de que las células defectuosas no se corrigen, se eliminan como se mata al animal feroz que ataca. La defensa social es común a todos los discursos legitimantes de pena, pero en esta doctrina se radicaliza en una coherencia suicida: la selectividad punitiva elimina a los molestos más vulnerables con pena de muerte¹⁶.

¹⁶ Sobre esta modalidad de pena prohibida en la Argentina, ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., ob. cit. p. 878.

6. El espíritu del derecho penal

Finalmente, la pena como prevención de la violencia de todos contra todos, por fuera de toda utilidad general o especial, tiene –según las visiones antropológicas dominantes en el derecho penal– una función inmanente: la de evitar la anarquía o la violencia mimética a través de la legitimación de una autoridad punitiva centralizada en el vértice de una sociedad jerarquizada y dividida socialmente entre los que mandan y los que obedecen. No podría ser mejor definida a como lo hace el profesor de Oxford John Gardner:

Reyerta familiar, *vendetta*, duelo, venganza, linchamiento (...) el derecho penal como lo conocemos hoy vino a existir, más que nada, para eliminar estos modos de represalias (...). Los remedios del derecho penal deben ser lo suficientemente fuertes para controlar las toxinas de amargura y resentimiento que recorren las venas de aquellos quienes son lesionados, o de otro modo el impulso de tomar represalias en retribución permanecerá sin control.¹⁷

Esta justificación dogmática es anterior y tiene primacía sobre cualquier otro discurso legitimante de pena. Puede parecer extraño, pero se ha apelado a ella para formalizar un derecho penal mínimo de inspiración liberal entre cuyos objetivos está el de reducir poder punitivo (minimalismo penal)¹⁸. Partiendo de la inevitable soberanía punitiva que evita la venganza privada por esta vía, común a todo el discurso político clásico, se propone aplicar castigo únicamente a conflictos graves porque en su falta aparecería el fantasma de la violencia ilimitada. De este modo, el poder punitivo estaría siempre junto al más débil: a la víctima en el momento del hecho y al autor en el momento del castigo. La doctrina del derecho penal mínimo –de inspiración liberal– reconoce que la criminalización actual no cumple ninguna de estas funciones de garantía, y por lo tanto la opción de política criminal que debiera seguirse es la de una

¹⁷ GARDNER, J., *Ofensas y defensas*, ob. cit., pp. 233 y 236.

¹⁸ Cfr. FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, ob. cit., p. 331 y ss.

reducción radical del poder punitivo a través de una amplia descriminalización de conductas. No hay nada objeable en forzar a las agencias políticas para reducir criminalización primaria a los pocos casos graves en que el castigo resulte inevitable por no haber una mejor solución culturalmente viable. Sólo habría que tener presente que la solución sacrificial es indiferente a una distinción de delitos graves, leves o simples desobediencias. Lo que el *minimalismo* propone es todo lo contrario a lo que sucede. Lo peor que puede pasarle a un derecho penal orientado a la reducción de poder punitivo es postular una práctica para una sociedad que no existe.

7. Enemigo absoluto o derecho penal de autor

La clasificación de discursos legitimantes de trato punitivo sacrificial —desde la perspectiva de las funciones manifiestas que se le atribuyen— puede reordenarse desde cualquiera de las consecuencias que se derivan de ellas: concepto de injusto penal, responsabilidad por el hecho, cuantificación del sufrimiento. Si se elige comenzar por el concepto de delito, la clasificación puede reordenarse en razón de las dispares concepciones de la relación del delito con el autor. En esta clave, el delito se define en la lesión a un bien jurídico —cualquiera sea su contenido— o como síntoma de inferioridad moral, biológica o psicológica. Para los primeros, el desvalor se agota en el acto mismo de lesión, sea en perjuicio de una persona de carne y hueso o simplemente normativa en tanto infidelidad al derecho. Para los segundos, el delito es sólo una lente que permite ver algo en lo que se deposita el desvalor y que se halla en una característica del autor. Radicalizada esta doctrina, se llega a que la esencia del delito radica en una anormalidad del autor. Este derecho penal imagina que el delito manifiesta un estado, siempre inferior del resto de las personas normales. Este estado tiene, para unos, naturaleza moral y, por ende, se trata de una versión secularizada de un estado de *pecado jurídico*; en tanto, para otros, es de naturaleza psicofísica y, por lo tanto, se trata de un *estado peligroso*. La caída en el pecado jurídico se elegiría libremente, pero

cuanto más se permanece en ese estado e insiste en su condición errada de vida, más difícil resulta salir y menos libertad tiene para hacerlo; pero como fue libre de elegir se lo hace responsable¹⁹. En consecuencia, se le reprocha ese estado de pecado penal y la pena debe adecuarse al grado de perversión pecaminosa que haya alcanzado su conducción de vida. El delito no es más que el estigma de autor que lo hace culpable. Cuando la relación del autor con el delito es de naturaleza psicofísica, el delito es síntoma de la falla de un sistema complejo, que no pasa de ser una complicada pieza de otro sistema de entidad superior: el orden social. Esta falla del mecanismo pequeño importa un peligro para el mecanismo mayor e indica un estado de peligrosidad. Las agencias jurídicas penales constituirían para esta visión aparatos funcionalmente determinados a la corrección, neutralización o eliminación de enemigos, según se los califique de ocasionales, incorregibles o absolutos. La expresión más frontal de un derecho penal para la individualización óptica de criminales afirma que la ciencia penal tiene por objeto la defensa de la sociedad contra *enemigos naturales*. Si mediante matanza en el campo de batalla la nación se defiende de enemigos exteriores, mediante ejecución capital se defiende de los enemigos interiores. El criminalizado es un ser inferior al que se mata o se hace sufrir para bien del organismo o sistema social.

Fuera de estas formas tradicionales y puras, en las últimas décadas un nuevo derecho de autor hizo aparición a través de la idea de delito como riesgo desaprobado normativamente. Conductas no lesivas para nadie pero por el solo hecho de resultar expresivas de un riesgo son consideradas consumativas de una lesión a la norma penal, de lo que esta doctrina deduce que la esencia del delito es su tentativa, o que éste se consuma en la violación subjetiva a un deber de lealtad²⁰. La generalización de la idea de riesgo para formar el juicio de injusto penal que habilita pena no es sino una nueva versión normativa de la vieja peligrosidad médico policial. En este caso el delito no es síntoma de una inferioridad o estado

¹⁹ ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., ob. cit., p. 63.

²⁰ Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., p. 31.

peligroso de naturaleza psicofísica; se alucina en su lugar un fantasmal estado motivacional de *enemistad de autor* con el orden social, inobservable a la criminología y a las ciencias sociales en general.

8. Fusión punitiva

La incapacidad de las doctrinas puras para dar cuenta de la realidad punitiva no podía sino provocar una complicadísima serie de tentativas de justificación que procuran neutralizar la crítica, combinando elementos de una doctrina con los elementos de otra, por lo que las tesis puras prácticamente desaparecen, con algunas excepciones. Quienes postulan un derecho penal de culpabilidad y otro de peligrosidad de autor no pueden compatibilizar puntos de vistas porque se apoyan en antropologías inconciliables. Los culpabilistas siempre consideraron a la pena como retribución del uso que hacen los hombres de su autodeterminación, sea que se la considere como ficción jurídica o se invente para ella una realidad psíquica. Por su parte, los peligrosistas cambian la etiqueta de castigo por otra que lleva el nombre de *medida de seguridad* para neutralizar peligro. No obstante, la imaginación discursiva no cesó en los intentos de una conciliación imposible entre espiritualismo, materialismo, objetivismo y subjetivismo valorativo, nominalismo y realismo, etc. El resultado fue una doctrina que considera al humano como un ente que produce un mal atribuible a su autodeterminación y al mismo tiempo un ente causante de mal que debe sufrir para bien de la sociedad. La fusión de antropologías incompatibles se conoce con el nombre de "sistema pluralista". El de la *doble vía* (código italiano de 1930, uruguayo de 1933, brasileño de 1940) impone trato sacrificial retributivo a los imputables y penas neutralizantes —medidas de seguridad— a los inimputables, pero, según el caso, éstos pueden ser objeto de penas retributivas y neutralizantes a la vez, en ese orden. El llamado *sistema vicariante* impone castigos retributivos a los imputables y castigos neutralizantes a los inimputables, pero en algunos casos se habilita el reemplazo de las retributivas por las neutralizantes. No faltó un tercer sistema, que es el más incoherente y

peligroso, que fusiona los dos anteriores: en ciertos casos, permite que las penas neutralizantes reemplacen a las retributivas y, en otros, se imponen conjuntamente. Éste fue el sistema adoptado por el llamado *código penal tipo latinoamericano* producto de la confusión reinante en la década de los años sesenta del siglo pasado. Con razón se afirma que la lucha de escuelas europeas con impacto en América Latina años después fue simplemente nominal.

Entre el positivismo de von Liszt y el retribucionismo de Karl Binding no había diferencias de fondo porque por ambos caminos se proponía la inocuización o eliminación de los incorregibles o de aquellos cuyas vidas fueron declaradas sin valor por la autoridad, resultando indiferente que a esa solución se llegue con penas de muerte retributivas o medidas neutralizantes de exterminio. Ambos coincidían en que la amenaza para la existencia de la sociedad proviene del proletariado, en el cual los delincuentes habituales son su estado mayor²¹. Liszt, el más jurista entre los positivistas, proponía penas intimidatorias o resocializantes para enemigos ocasionales pero establecía para los incorregibles, enemigos absolutos, penas eliminatorias, que se hacen realidad en la ley nazi de 1933 sobre delincuencia habitual. La legitimación de la categoría de delincuente habitual se formalizó a través de medidas de seguridad, negándosele carácter de trato punitivo porque se fundan independientemente de la acción delictiva, en función únicamente de un pronóstico o estado de peligrosidad: no se trata de imponer una punición a nadie por su conducta culpable, sino tratarle de modo adecuado a su estado. Esta modalidad decide sobre la forma y duración del tratamiento. Los enemigos no se agotan en los criminales sino que abarca a molestos, pequeños ladrones, prostitutas, homosexuales, ebrios, vagabundos, anarquistas, socialistas, artistas o intelectuales, etc. Caracterizados como *mala vida* o *clases peligrosas* desde la época de la revolución industrial europea, las elites latinoamericanas no demoraron en adoptar este discurso.

²¹ VON LISZT, F., *La idea de fin en el derecho penal*, ob. cit., p. 116.

En la Argentina, José Ingenieros califica al enemigo del país como *horda de extraños y hostiles dentro de su propio terruño*²². Le fue fácil a las dictaduras europeas de entreguerras echar mano de esas categorías y de otras como la *culpabilidad por la conducción de vida* de Mezger para hacer de la masacre estatal una forma corriente de trato punitivo sacrificial. Este jurista alemán, de marcada influencia para la cultura punitiva hispanoparlante, participó junto a Franz Exner en la elaboración de un proyecto sobre *extraños a la comunidad* destinados a exterminio en campos de concentración²³. El extraño a la comunidad es quien por su personalidad o por su forma de conducción de vida, especialmente por sus extraordinarios defectos de comprensión o de carácter, es incapaz de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo. No ahorró en el uso de conceptos equivalentes para individualizar sujetos sacrificiales, "enemistad al derecho", "ceguera al derecho", los cuales indican una contrariedad con la sana intuición del pueblo sobre lo justo y lo injusto que habilita la punición²⁴.

Desde la escuela retributiva las cosas no son mejores. El padre alemán de la doctrina de las normas penales, Karl Binding, también es el creador de un concepto clave del trato sacrificial, el de *vida sin valor de vida*²⁵, que sirvió de antecedente argumentativo para la eliminación masiva de enfermos mentales por el peligro que la degeneración humana representaba para la nación alemana. De allí que sea válida la afirmación de que el nacionalismo alemán no supuso una ruptura de pensamiento penal de la época de Weimar. Se trató del pasaje al acto de una ideología anti-liberal histórica alemana pero que a la vez es patrimonio de una cultura punitiva más o menos contenida en toda sociedad de Estado. Quizás por

²² INGENIEROS, J., "Prólogo", en GÓMEZ, E. *La mala vida en Buenos Aires*, ob. cit., con estudio preliminar de ZAFFARONI, E., p. 30.

²³ Sobre el proyecto, MUÑOZ CONDE, E., *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, ob. cit., p. 30, y, especialmente, "El proyecto nacionalsocialista de los extraños a la comunidad", ob. cit., p. 42 y ss.

²⁴ *Ibid.*, p. 87.

²⁵ BINDING, K. y HOCHÉ, A., ob. cit.

esto último se explique la renuncia del derecho penal a extraer alguna enseñanza para la ciencia de la experiencia genocida. Como lo demuestra la amplia difusión de la obra de Hans Welzel, a partir de la segunda mitad del siglo pasado no se tienen dudas de que la pena está reservada para autores ocasiones pero no es suficiente respecto de la peligrosidad de autor²⁶. Para ellos la pena deber ser complementada por medidas de seguridad cuya base no está en la culpabilidad sino en la peligrosidad²⁷. Esta herencia en la actualidad se continúa en la doctrina de un derecho de seguridad o derecho administrativo policial, disciplinas ajenas —según este punto de vista— al campo de conocimiento del derecho penal²⁸.

Prácticamente no hay legislación nacional que desconozca trato cruel basándose en medidas predelictuales o postdelictuales. Las primeras, consecuencia del estado peligroso y en definitiva de todo derecho penal de autor. A falta de leyes que castigan la mala vida (marginalidad social y vagancia, indocumentados, comercio callejero, prostitución, la dependencia tóxica, juego, etc.), la función es, en general, suplida por penas contravencionales. Las segundas son penas neutralizantes irracionales, tanto porque remiten a una pulsión sacrificial como por la falta de toda proporción con la culpabilidad por el acto y con la magnitud del injusto. Las legislaciones las autorizan para reincidentes, habituales, profesionales, incorregibles, con reclusión por tiempo indeterminado, así como también para personas con grave padecimiento psíquico, a través de la internación manicomial. No es diferente el trato a menores inimputables —en razón a la edad— a los que se prisioniza en establecimientos especiales con motivo de una situación de abandono o peligro moral.

²⁶ WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 9.

²⁷ *Ibid.*, p. 10.

²⁸ Cfr. JAKOBS, G., *Estudios...*, ob. cit., p. 293.

9. Reacción abolicionista

Esta corriente cultural tiene el mérito de haber señalado que en todo delito, por leve que sea, hay un conflicto con historia, y en el trato sacrificial, un obstáculo para comprender²⁹. Su esfuerzo por desacralizar la idea de delito y de castigo es pareja con la resistencia del derecho penal a todo contacto con una realidad de la que toma prestado únicamente lo que sea necesario a las ilusiones vindicativas de la población. El abolicionismo confronta al derecho penal y le devuelve una imagen de religión secular incapaz de dar cuenta de que con pena al conflicto lo menos que produce en sociedad es la renuncia al pensamiento. Esta corriente teórica y práctica, producto de la misma política contracultural de los años sesenta que dio origen al radicalismo de la teoría del etiquetamiento y de la nueva criminología o criminología crítica, es la primera en señalar que en la evolución de la sociedad humana la "anarquía ordenada" de las comunidades sin instituciones centralizadas es más pacífica que todo lo que puede acontecer en las que se caracterizan por el Estado, la dominación política y la división de clases³⁰. Sin quedarse paralizado a la espera de un cambio radical, el abolicionismo establece un programa para reducir sufrimiento punitivo; aunque las condiciones de época cambiaron en todo el mundo a favor de la solución penal, incluso en los países escandinavos, de donde proceden la mayoría de los abolicionistas.

Algunas propuestas distintivas de este pensamiento son las siguientes: cambio en la rigidez técnica del concepto de delito por el de "situación problemática"; mayor grado de conocimiento mutuo de las personas involucradas en el conflicto; quita de poder a las personas que son requeridas para intervenir; vulnerabilidad de la policía, jueces y fiscales ante la sociedad; alternativas a la prisión; uso de valores donde la aplicación de dolor resulte una idea extraña. Sin la obsesión por la culpa y el castigo,

²⁹ Un reciente desarrollo del abolicionismo en el cuadro general de la criminología crítica, en VAN SWAANINGEN, R., *Perspectivas europeas para una criminología crítica*, ob. cit., p. 176 y ss.

³⁰ SCHEERER, S., "Hacia el abolicionismo", ob. cit., p. 23.

el abolicionismo propone que los delitos se traten como conflictos entre partes sin pensar en la respuesta punitiva más que frente al fracaso de un "arreglo". Ello no obsta al reclamo de la abolición del sistema penal en su totalidad, pues —como señala Louk Hulsman— las penas son castigos sin sentido, *penas perdidas* que deben abolirse³¹. Las razones de ello son que el sistema penal en su conjunto causa sufrimiento innecesario, está desigualmente repartido y expropia el conflicto a la víctima, que queda muda frente al hecho que la afecta. ¿Cuáles serían los efectos de la abolición de poder punitivo? Los abolicionistas responden: la eliminación de los problemas asociados con el sistema, como la fabricación de personas culpables, la estigmatización de prisioneros, sospechosos y condenados, la marginalización de grupos enteros de población vulnerable y, fundamentalmente, la reducción de dramatizaciones mediáticas que publicitan la solución sacrificial. La ausencia del sistema penal estatal, con sus esquemas de interpretación reduccionistas y soluciones estereotipadas, abriría posibilidades de otras soluciones para la situación problemática: composicionales, terapéuticas, asistenciales, etc. Ello no significa la renuncia a otras formas de coerción, como la policial por ejemplo, para el manejo de los conflictos y situaciones no deseables. A largo plazo propone cambiar el pensamiento general respecto al castigo y reemplazar el sistema carcelario³². A corto plazo, derribar los muros que no sean necesarios y humanizar las distintas formas de detención y aliviar el sufrimiento que la autoridad hace padecer a los detenidos.

Aunque debe aclararse que el movimiento abolicionista no es una teoría acabada ni homogénea, podrían suscribirse sus postulados principales a condición de señalar, como déficit importante, la renuncia a interesarse en el sistema de doctrina para la interpretación de la ley penal bajo el dominio de una idea reductora de poder punitivo. No es menos relevante, a los fines de la abolición, el conocimiento crítico de la dogmática jurídica penal que el que se tiene del sistema concentracionario, en tanto jueces,

³¹ HULSMAN, L. y BERNAT DE CELIS, J., *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, ob. cit., p. 43 y ss.

³² MATHIESEN, T., *Juicio a la prisión*, ob. cit., p. 229 y ss.

fiscales y defensores aplican —están obligados a hacerlo— categorías de doctrina en la legitimación de una prisionización. Conocer el campo de la argumentación jurídica y dar batalla en ese terrero, por retorcido y escolástico que sea, constituye una poderosa herramienta igual de valiosa para el trabajo de reducir o eliminar sufrimiento innecesario. Tanto la prisión como la selectividad por la vulnerabilidad se evitan cuando una sentencia absolutoria se dicta fundada en la atipicidad de una conducta, su justificación como derecho o por una causa de inculpabilidad. La batalla forense es otro campo de lucha para la abolición de trato sacrificial, que es al lugar donde la cultura profesional, que se enseña en las escuelas de derecho, dirige su mayor empeño.

GOCE PUNITIVO

1. En la retribución y en la prevención general positiva

La esencia en todo castigo es la retribución. ¿Qué significa esta frase que desaparece en la confianza y reaparece con el abatimiento del penalista frente a la realidad? Cuando la filosofía política racionalizó la necesidad de castigo como necesidad inevitable para que la sociedad humana exista no imaginó otra función positiva distinta a la defensa de la sociedad que el delito pone en peligro. Con independencia de cualquier otra utilidad que se le quiera encontrar a la penalidad, la primera de todas es hacer posible la sociedad humana. No importa que esto sea tan falso como la resocialización del delincuente o la prevención de delitos mediante amenazas de sufrimiento o de muerte. Sirve, de todos modos, como cualquier otra creencia falsa que influye en los destinos humanos haciéndolos más sombríos y pesados. La pena, como mal que una autoridad soberana obliga a sufrir o morir —a alguien o a un grupo entero— para salvar la sociedad, no sólo es lo que hace a la venganza retributiva: es el fundamento mismo de la autoridad permanente, es decir, del Estado en tanto monopolio de la violencia legítima sobre población que habita un territorio político. Lo imaginario en esta elaborada creencia está dado por la relación inequívoca de incondicionalidad entre pena pública y sociedad humana. Con la información etnográfica disponible, esta relación entre pena pública y sociedad posible no podría aplicarse más que a un pequeño fragmento de la vida social del hombre. Sin embargo, el castigo como institución que evita la guerra de todos contra todos se mantiene firme como dogma en el derecho penal antes de cualquier consideración utilitaria. La primer y principal legitimación de pena aparece con la legitimación de una autoridad para mandar y obligar a otros. No hay soberanía punitiva sin Estado porque la norma jurídica penal

tiene su origen junto a la autoridad centralizada permanente que nace de la división social. La pena desnuda de cualquier utilidad hace posible la existencia humana en la retribución vindicativa que impide caer en violencia salvaje. La clave de la pena pública se encuentra antes que nada en su fundamento político: el castigo importa en sí mismo para que hombres y mujeres no se maten unos con otros.

En este esquema, pena retributiva es equivalente a venganza pública y razón para el progreso civilizatorio frente a la violencia interminable de la venganza privada que impide toda co-existencia. Si la naturaleza en todo castigo es la venganza retributiva, lo es porque alguien tiene que sufrir o ser destruido para que la sociedad viva. Por eso, la pena retributiva es un fin en sí mismo y el derecho penal la bautiza como "teoría" absoluta. La venganza en manos de la autoridad es condición esencial para la paz social, la sociedad civil y el estado racional. Como mal que alguien tiene que padecer para bien de todos, la retribución no puede evitar identificarse con la prevención general positiva. Por la misma razón, tampoco la venganza puede desligarse de otra institución que de haber sido mejor estudiada en su época hubiera causado estupor a la fe ilustrada. Conocida primero en la antropología y sociología de las religiones y más tarde por la etnografía de la segunda mitad del siglo XX, la venganza sacrificial también pertenece al mundo de la sociedad salvaje como mal para alguien que beneficia a todos y con las mismas características de selectividad que la venganza pública. La política de igualdad social bajo la que viven los salvajes impide la emergencia de la autoridad, así como también de la figura de enemigo interno. Ello no impide a los salvajes la elección consciente del sacrificio ante problemáticas muy diferentes a las del delito —para el cual la norma de reparación es la regla. Demandas emocionales vindicativas encuentran salida en la destrucción de la fuente humana que identifican como causa del peligro y a la vez como vehículo de pacificación. No es válida la objeción que señala que en el sacrificio primitivo se destruyen vidas inocentes, a diferencia de la venganza civilizatoria que destruye vidas culpables. Pues en uno y otro caso la destrucción de vidas para refundar una sociedad en peligro de existencia se hace siempre identificando humanos vulnerables al trato sacrificial. Entre los

salvajes, niños y mujeres, molestos, criminales o prisioneros de guerra; en la civilización, mediante la invención de todo tipo de enemigos internos. Es la elección a partir de la vulnerabilidad y la creencia de que un mal debe ser respondido con otro equivalente lo que emparenta la pena pública con el trato sacrificial.

Por otra parte, la sociedad estatal antigua conoció indistintamente trato sacrificial contra inocentes y criminales. En cualquier caso, tienen en común la destrucción para salvar la co-existencia. Esto último es lo primero que detecta la descripción de la masacre estatal como manifestación extrema de poder punitivo: que un grupo, siempre responsable de un injusto, mejor o peor definitivo por la norma de exterminio, debe morir para que la sociedad viva. Si la prevención general positiva le debe a Hegel su fundamento es porque el filósofo de la racionalidad inmanente del Estado entendió a la pena como un mal en respuesta a otro mal que reafirma la sociedad¹. Sin embargo, filósofos y juristas intentaron con la venganza lo imposible: volver racional lo que es eminentemente irracional. En los asuntos humanos, se viva con Estado o sin él, la irracionalidad no se puede suprimir más que por fuerza de ignorar la naturaleza humana. La irracionalidad de la venganza sacrificial es lo más perturbador que enfrenta la doctrina penal cuando se postula culturalmente como progreso frente al salvajismo de la venganza privada. Es decir, lo contrario a reconocer que la civilización reemplaza una institución salvaje irracional por otra igualmente irracional. Lo cierto es que lo irracional que sustituye la sociedad con Estado no es la venganza privada que nunca existió más que como fantasía alimentada por visiones antropológicas de lo salvaje. La venganza pública no proviene de un salto civilizatorio frente a una inexistente crueldad con causa en la guerra primitiva de todos contra todos, pues para los conflictos interpersonales entre los salvajes rige la norma de intercambio. Para desgracia de filósofos y penalistas el castigo, como hoy se lo conoce, es resultado de la generalización del sacrificio primitivo a una escala nunca antes conocida, a la que se llega no sólo como

¹ HEGEL, G. W. F., *Filosofía del derecho*, ob. cit., p. 109.

manifestación irracional humana sino fundamentalmente a causa de un agravamiento del malestar interno por efecto de la división social. La irracionalidad humana frente al malestar no desaparece con la civilización, al contrario, es en esta sociedad donde encuentra el mejor ambiente para reinar como amo y señor frente a una cada vez mayor cantidad de conflictos internos que una sociedad dividida no deja de producir.

Cuando la filosofía crítica de la modernidad identifica la irracionalidad sacrificial del siglo XX lo hace porque considera esta pulsión de agresividad extrema como radicalización de una razón instrumental vuelta sobre sí misma. El doble efecto civilizatorio, especialmente de la sociedad capitalista, produciría progreso en el dominio del hombre sobre la naturaleza como barbarie sacrificial en las relaciones humanas, al extremo de poner en peligro la humanidad que la razón posibilita. Sólo en el psicoanálisis la irracionalidad encuentra el lugar al que pertenece: como pulsión de destrucción que, junto a la pulsión de vida, nos hace humanos. El costo que se paga por su negación se padece con más irracionalidad vindicativa, de la que es muy difícil salir si a la vez se espera de la ilusión sacrificial un beneficio pacificador. Cuanto mayor esfuerzo por racionalizar, más ilusión se deposita en la idea de que algo valioso debe perderse para beneficio de todos, como a la persona sana que se le amputa una mano para salvarle la vida. Si esta tendencia domina, menores son las posibilidades de contención de irracionalidad vindicativa. Por el camino contrario, en el de reconocer que la irracionalidad humana se alimenta con afectos de desvalimiento y malestar que crecen en proporción directa a la división social, es posible que el derecho penal encuentre una mejor posición de fuerza para cumplir su meta de pacificación social mediante contención de poder punitivo. Sería otra vana ilusión sustitutiva de graves consecuencias que se esperase de la desaparición de la sociedad de clases, o incluso del Estado, una vida sin delito. La criminología crítica hizo su mejor aporte al señalar que el mayor peligro para la sociedad proviene de la reacción frente al delito. Pero el salto cualitativo logrado por este nuevo horizonte de conocimiento fue empañado por dos deducciones equivocadas: que el delito es una invención de la sociedad de clase y que por su abolición desaparecerá automáticamente toda respuesta punitiva.

La sociedad salvaje está allí para testimoniar que en la igualdad el delito no sólo no desaparece sino que tampoco excluye trato sacrificial sobre personas vulnerables frente a conflictos internos con capacidad de producir malestar, vivenciado como mal radical. Lo que queda sin resolver, por tanto, no es para qué sirve la pena sino por qué persiste la ilusión de que en el sufrimiento de otro se obtiene de ello un beneficio.

Sobre la causa de esta creencia no podríamos agregar más de lo que se conoce por la crítica ideológica y el psicoanálisis aplicado a las relaciones de la autoridad. La fuerza de la ilusión punitiva no descansa en razones; ésa es la mejor defensa de la venganza retributiva frente a la crítica. Tanto en la vida anímica individual como en las vivencias colectivas una pulsión de destrucción, bien humana, se exterioriza en la necesidad de castigo, propio o ajeno, del que se obtiene una ganancia de placer. Lo que parece más significativo en ello está dado en la relación entre vida afectiva —que no desconoce el beneficio psíquico que se obtiene de la necesidad de autopenalización— y creencias positivas en el trato sacrificial público. La resistencia del trato punitivo a la crítica es pareja a la fuerza de la pulsión de muerte que domina la vida anímica. Más presión ejerce ésta sobre la ilusión si por ella se espera y se logra un beneficio.

No debería subestimarse otra enseñanza que arroja la tesis psicoanalítica de las pulsiones. De ser cierta la existencia de una pulsión de muerte que trabaja para la autodestrucción con ganancia de placer, una parte del objeto de estudio del derecho penal y la criminología debiera trasladarse de la excepcionalidad del delito a la normalidad de la obediencia. Sólo así nos acercaríamos a la posibilidad de comprender la fuerza de la ilusión punitiva y la clave de su persistencia y demanda permanente contra toda crítica. Porque si la creencia en la pena se sostiene en su ligazón con la experiencia inconsciente de *necesidad de gozar en el castigo propio* que exterioriza la pulsión de muerte, también la obediencia se explicaría por un apego patológico a la autoridad. Son las oleadas de sumisión incondicional a la ley las que empujan a favor de la solución sacrificial. Castigo y obediencia son las caras de una misma moneda. En el apego patológico a la autoridad se anuda tanto la solución sacrificial como la normalidad

de la obediencia. Esta especulación ofrece un marco invalorable para una posición del derecho penal frente al trato sacrificial. Si la cura psicoanalítica persigue como meta reducir la severidad punitiva de la conciencia moral que hace gozar en el sufrimiento, no se espera otra cosa del derecho penal: reducir trato sacrificial para permitir que la agresividad, la poca que es lanzada hacia afuera en situaciones normales o el exceso en situaciones extremas, pueda canalizarse a mejores destinos, entre ellos a la interrogación y trabajo preventivo sobre las condiciones propiciatorias de la solución sacrificial. La experiencia indica que la crítica ideológica a los discursos que naturalizan trato punitivo no logra desbaratar la fantasía social de una agresión pública pacificadora.

2. Ideología penal: la parte por el todo

Aparentemente, la palabra "ideología" fue propuesta por el filósofo racionalista Destutt de Tracy a fines del siglo XVIII para designar la ciencia de las ideas y distinguirla del pensamiento doctrinario cargado de dogmas y prejuicios. En el inicio del siglo siguiente otro uso se le depuraba a este principal significante moderno². Con la crítica conservadora a los principios de la Ilustración nació el sentido negativo de la palabra que sería popularizada por Marx y Engels como falsa conciencia o imagen invertida de la realidad: las creencias generales relativas a la autoridad y las relaciones sociales son siempre las ideas que la clase dominante tiene de ellas. El interés particular se convierte en interés de todos; creencias de un grupo hegemónico se vuelven creencias generales. No obstante, el mayor hallazgo de la crítica ideológica fue que las creencias no caen del cielo. Para tenerlas por verdaderas, las ideas sobre la sociedad no pueden sino partir del análisis de las condiciones de vida material de los hombres. Más dudoso resulta que la creencia (política, legal o religiosa) sea tenida únicamente como reflejo de la estructura social. Marx y Engels nunca negaron el papel relevante de la subjetividad humana para conservar

² WILLIAMS, R., ob. cit., p. 170.

el orden social o para cambiarlo. Desde la publicación de *La Ideología Alemana* (1845-1847) el tema ocupó la atención de prácticamente todos los campos de las ciencias sociales (historia, teoría política, filosofía, derecho, psicología, antropología, arte, etc.) y hasta el presente no parece haberse perdido el interés por la ideología³. Nada podríamos agregar a la crítica ideológica de las creencias dominantes en materia de autoridad y relaciones sociales de subordinación.

Distinto es el caso de las creencias profesionales y comunes sobre el delito y la pena. Sobre lo que se quiere volver para llamar la atención es sobre un asunto escasamente tratado en materia de creencias y representaciones mentales. Nunca dejó de preocupar la razón por la cual una representación falsa de la realidad es igualmente creída sin importar la denuncia mejor documentada. La pena no disuade, no previene nada, no interrumpe agresiones, no resocializa, pero aun así la ley y la doctrina interpelan al sujeto en favor de la creencia sin encontrar resistencia. ¿Qué es lo que hace que algo falso sea vivido como verdadero? ¿Qué defensa opone el hombre a la crítica racional de sus creencias? En particular, y por lo que interesa a esta investigación, ¿de dónde obtiene la ilusión punitiva sacrificial su fuerza para ser creída después de dos siglos de crítica sistemática? Más aún, ¿por qué la conciencia de lo falso en las creencias sobre la pena no es obstáculo para experimentar la ilusión como si fuera verdadera? Cuando se trata de creer en la autoridad punitiva; es difícil no volver, nuevamente, la mirada sobre el psicoanálisis:

El hecho de que a menudo la gente no sea capaz de comprender el funcionamiento de la sociedad o su propio papel dentro de ella se debe no sólo a un control social que se niega a contar la verdad, sino también a una ceguera cuyas raíces se encuentran en la propia psicología de las personas.⁴

³ Especialmente en la última década, ZIZEK, S., *Ideología. Un mapa de la cuestión*, ob. cit., p. 7 y ss.; EAGLETON, T., *Ideología. Una introducción*, ob. cit., p. 19 y ss.

⁴ ADORNO, T. W. y otros, "La personalidad autoritaria...", ob. cit., pp. 155-200.

El primer contacto de la criatura humana es una figura de autoridad (paternal) sobre la cual se posan sentimientos ambivalentes de amor y hostilidad. De modo análogo, en la vida adulta esa figura es ocupada por la soberanía punitiva, porque de toda autoridad se espera violencia pero también protección. A esta altura de la crítica ideológica, resulta evidente que las ideas que representan a la autoridad punitiva y lo que la autoridad hace creer del fenómeno del delito y la pena se vivencia independientemente de si ellas son una ilusión o si son verdaderas. La autoridad pareciera poseer una cualidad enigmática por la cual haría creer cualquier cosa que se propusiera⁵. Pero no es seguro que sea así. Hay límites para la obediencia, como lo demuestra la lucha de clases y la revolución social y política tanto en la historia moderna como en el presente. Sin embargo, ninguno de los más grandes procesos de ruptura con creencias tradicionales o modernas pudo acabar con el reinado de la ideología punitiva. No hay revolución que no haya tenido al escenario punitivo del antiguo régimen como motivo de agravio general y su abolición como promesa de humanidad. No obstante, en todos los casos el campo concentracionario fue la herencia sacrificial del viejo trato patibulario. La autoridad punitiva aparece revestida de una condición de inexorabilidad para que la sociedad exista. Es cierto que una ilusión sacrificial ofrece mayor resistencia cuando pierde magnetismo en situaciones revolucionarias que cuando señorea la normalidad, pero siempre la situación extraordinaria favorece el exceso de fe punitiva. Éste es el caso de la ideología penal.

La doctrina de la pena en tanto trato cruel para bien de la sociedad es ideológica si por ello se entiende la promoción de una creencia orientada a la acción ruinosa al presentar lo falso como verdadero, la crueldad como "bello trato"⁶. La racionalización de la pena para que exista sociedad puede asimilarse a la conducta de poner señales de autopista en un camino sinuoso de montaña. ¿Dónde arraiga esta disputa de sentido? "Pena", "castigo", "sacrificio" son palabras que por el hecho de ser materiales

⁵ SLOTERDIJK, P., *Crítica de la razón cínica*, ob. cit., p. 30.

⁶ También como medicina para el alma enferma, en PLATÓN, *Gorgias*, ob. cit., 476 e.

sígnicos contruidos socialmente alimentan y posibilitan la vida interior, esto es, la conciencia —que se ubica entre el organismo y el mundo exterior. Ellas pertenecen al campo ideológico porque las palabras en toda su elasticidad, entonación expresiva y acentos de orientaciones diversas acompañan a toda la creación ideológica en general, y justamente ésta es la razón que hace vivo y cambiante al signo ideológico, también como medio refractante y distorsionador de la existencia⁷. En este sentido, ideología no debe confundirse con ideología dominante, como lo demuestra la descripción etnográfica que identifica culturas sacrificiales salvajes sin observar división social. Para convertirse en ideología el discurso punitivo tiene que imaginar relaciones reales donde no las hay (pena = existencia social), pero éstas no necesariamente tienen que ser relaciones de dominación. Destruir una persona vulnerable para bien de la sociedad o *destruir al otro para que viva la ley*⁸ puede pensarse como una solución sagrada o racional, según se trate de una sociedad salvaje o una sociedad de Estado, pero la estructura de sentimiento que naturaliza trato cruel, en uno y otro caso, le debe menos a razones públicas que a potentes mociones pulsionales que aquella creencia pone en movimiento. La sociedad humana invierte un enorme esfuerzo tanto en ideas como en afectos para su infelicidad y padecimiento. El caso del sacrificio punitivo es ejemplar.

El malestar que envuelve al crimen, la pérdida irreparable, el accidente fatal que no encuentra explicación son conflictos propicios para canalizar ilusiones patibularias y vivenciar la solución vindicativa como respuesta verosímil culturalmente condicionada. Se hace hincapié, volviendo a Aristóteles, en que toda ideología, aunque no sea un sistema coherente, tiene que ser plausible para ser creída. El elemento de verdad en todo castigo reside en el malestar irrevocable que suscita un conflicto real o imaginario que lo tiene por causa y en la satisfacción sustitutiva que ofrece a cambio. Una doctrina es eficaz si a la vez resulta atractiva y lo bastante

⁷ VOLOSHINOV, V. N., *El marxismo y la filosofía del lenguaje*, ob. cit., pp. 49-52.

⁸ Expresión utilizada por BADIOU, A., *Teoría del sujeto*, ob. cit., p. 199.

"real" para identificarse con ella en la vida práctica cotidiana: "Las ideologías dominantes pueden conformar activamente las necesidades y deseos de las personas sometidas a ella, pero también deben implicarse significativamente con las necesidades y deseos que la gente ya tiene, captando esperanzas y necesidades genuinas"⁹. La doctrina de la pena está sobreimpresa en la experiencia viva de todos los días.

La ideología en general interpela sujetos construyendo una identidad singular y colectiva. Con auxilio en el beneficio psíquico del castigo propio o ajeno, la población internaliza que sin trato cruel no hay sociedad posible. Fue Althusser el primero que desde el marxismo señala el contenido afectivo e inconsciente de toda ideología dominante¹⁰. La creencia, para ser eficaz, debe ser lo suficientemente plástica para dar con todas las combinaciones posibles de razón y pasión. Tiene que sintonizar con el deseo o la esperanza aunque ello contradiga la realidad y la distorsión sea fuente de otros males mayores futuros todavía no generalizables ni inmediatos. La teoría afectiva de la ideología abrió nuevos campos de investigación. *La interpelación ideológica nos hace ser lo que somos* es una afirmación que el psicoanálisis suscribe, especialmente si proviene de una lectura lacaniana de Freud¹¹. Ser "sujetivado" es ser "sometido", quedar sujeto. Bajo esta condición la ley está tan profundamente inscrita en los sujetos, tan íntimamente ligada al deseo que voluntad se confunde con autonomía o libertad. Baruch Spinoza recuerda que hombres y mujeres combaten por su esclavitud como si combatesen por su liberación haciendo de los deseos del amo los suyos propios¹².

⁹ EAGLETON, T., ob. cit., p. 33.

¹⁰ ALTHUSSER, L., "Ideología y aparatos ideológicos del estado (notas para una investigación)", en *La filosofía como arma de la revolución*, ob. cit., p. 97 y ss.

¹¹ Especialmente en LACAN, J., "El estadio del espejo como formador de la función del yo (je) tal como se nos revela en la experiencia psicoanalítica", en *Escritos I*, ob. cit., pp. 86 y ss.

¹² SPINOZA, B., ob. cit., pp. 41 y 42; como una de las cuatro formas "puras" de autoridad, en KOJÉVE, A., *La noción de autoridad*, ob. cit., p. 43.

¿Representa este giro la muerte del sujeto, prisionero de un mundo imaginario alimentado con el discurso del Otro? En principio, para el psicoanálisis esto es incontrovertible si por sujeto se entiende una entidad cuya naturaleza es la autonomía y racionalidad. La vida humana es efecto de estructuras, incluso y fundamentalmente inconscientes: "circunscripción social" para la antropología, "jaula de hierro" para la sociología y "discurso amo del otro" para el psicoanálisis atrapan a hombres y mujeres a estructuras materiales y subjetivas de un orden total, pero no por ello pierden toda posibilidad de elección y cambio de posición. Que el sujeto sea efecto de aquellas determinaciones no necesariamente significa que sus acciones, modos de conciencia y deseos se encuentren completamente afectados por las relaciones de poder ni por el inconsciente. El marxismo postestructuralista es la corriente cultural que más ha contribuido en este último tiempo a teorizar esta perspectiva que tiene a Alain Badiou por uno de sus representantes, y cuyo punto de partida bien puede sintetizarse en lo siguiente: "En la historia sucede siempre más o menos lo que está contenido en los datos previos (...) Sobre este más o menos se encuentran los hombres"¹³.

Los verdugos y burócratas del campo de concentración reducen a sus víctimas a animales destinados al matadero, pero los testimonios de los sobrevivientes demuestran el esfuerzo inaudito por resistir la investidura sacrificial de *ser para la muerte*. En las peores situaciones también hay elección. En esta perspectiva el sujeto no es efecto incondicional de las estructuras. Al contrario, plantea que la idea de lo humano es algo que surge de las estructuras pero que supone a la vez acontecimientos de ruptura que dan cuenta de fenómenos de creación, novedad y cura¹⁴.

¹³ Esta imagen corresponde a KOSELLECK, R., *Futuro pasado*, ob. cit., pp. 255 y 256, citado por PALTÍ E., en "El marxismo postestructuralista y la teoría del (no) sujeto", ob. cit., p. 30.

¹⁴ BADIOU, A., *El ser y el acontecimiento*, ob. cit., p. 434.

También es posible que la ideología tenga menos peso en la vida cotidiana del que se cree que tiene¹⁵. Quizás lo que no hace la ideología lo haga la necesidad regulada por la elección del mal menor: es mejor estar vivo y obedecer que estar muerto. La observación antropológica la convierte en tesis bajo el nombre de "circunscripción ecológica" para explicar el origen del Estado y que la teoría sociológica del costo-beneficio consideraría como elección racional¹⁶. En este sentido, los afanes de la vida humana en sociedad parecen únicamente posibles como resultado de una transacción más o menos penosa entre el deseo y las exigencias de la realidad externa. Por esta idea, la ligazón afectiva —amor incondicional— de la población con la autoridad y sus prácticas pierde relevancia a favor de una relación sostenida por conveniencia mientras la fuerza de la situación se presente irresistible. En la historia los pueblos han soportado más a la autoridad de lo que la han amado. Si es racional contentarse con una ambigua mezcla de miseria y placer marginal en una situación desfavorable, es igualmente racional rebelarse cuando las privaciones tienen claramente un peso mayor que las gratificaciones y cuando parece probable que con ello, en un futuro, las ganancias serán mayores que los padecimientos. Esta tesis podría tener razón para los casos de resignación total y esperanza radical, pero la vida en su mayor parte sólo excepcionalmente discurre entre esos extremos. Incluso la pasividad como la rebelión no parecen depender únicamente de la estrategia racional de los participantes, aun cuando la docilidad política del pueblo tenga muchas veces como causa menos la interpelación ideológica que la preocupación porque el salario alcance hasta fin de mes. El psicoanálisis revela que no son racionales las poderosas fuerzas que se rebelan en el individuo contra la tiranía del *ideal de yo* cuando ellas se vuelven excesivamente insoportables para el *yo*, y es probable que algo igual acontezca en la relación del sujeto con la autoridad externa tanto en la sumisión como en la revuelta.

¹⁵ ABERCROMBIE, N.; HILL, S. y TURNER, B., *La tesis de la ideología dominante*, ob. cit., pp. 213 y ss.

¹⁶ ELSTER, J., *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, ob. cit., p. 31 y ss.; *Ulises y las sirenas. Estudio sobre racionalidad e irracionalidad*, ob. cit., pp. 34 y 35.

Si uno de los secretos del dominio de la pena radica en la dependencia emocional con la autoridad, esa ligazón nunca deja de ser ambivalente; no falta en ella, tampoco, hostilidad y rechazo. Por ello, el poder ideológico que refuerza la solución vindicativa también contribuye a combatirla. Si normalmente no acontece es porque la sumisión a este imaginario recibe un permanente apoyo de fuerzas libidinales. Sin embargo, estas fuerzas inconscientes que invisten representaciones de trato cruel —auto y heteropunitivas— son las mismas que impulsan a su rechazo: "Si amamos y deseamos la ley, también acariciamos una intensa animadversión hacia ella (...) en este sentido el poder que sostiene la civilización también contribuye a destruirla"¹⁷.

La solución vindicativa es una solución de compromiso, defensa contra la angustia insoportable, respuesta imaginaria para afrontar y resolver problemas reales al precio de convertir esa defensa en otro grave padecimiento singular con iguales consecuencias sociales¹⁸. Si la ideología de la pena es el muro que se levanta contra la fantasía de la violencia mimética que impide toda sociedad, sus efectos reales se hacen sentir como si se viviera aplastado por una montaña de ladrillos civilizatorios. La clínica psicoanalítica puede atestiguar que del sufrimiento neurótico grave se sale atenuando el rigor de la ley subjetiva internalizada. No es absurdo, entonces, esperar un aligeramiento de la carga sacrificial cuanto más libre se esté de los discursos que versan sobre la muerte y el sufrimiento reconciliador. Pero para que ello sea efectivo primero habría que reconocer la dimensión de goce que hace de la solución sacrificial civilizatoria una ideología de la vida cotidiana¹⁹. Antes que el psicoanálisis descubriera en la clínica el beneficio psíquico en la defensa autopunitiva, Nietzsche hacía derivar la pena de un sentimiento reactivo de venganza

¹⁷ EAGLETON, T., *Ideología...*, ob. cit., p. 228.

¹⁸ La defensa extrema siempre es señal de mala salud psicofísica, a causa de un conflicto insoportable en el que no se está consciente de lo que ocurre, WINNICOTT, D. W., *La naturaleza humana*, ob. cit., p. 79.

¹⁹ La lectura lacaniana sobre el beneficio en la pulsión de muerte, en LACAN, J., *La ética del psicoanálisis, Libro 7*, ob. cit., p. 248 y ss.

y se preguntaba cómo el dolor de otro puede resultar pacificador. Llega a comprender la cruel ecuación pena infligida = dolor sufrido al introducir un tercer término: el placer que se experimenta al infligir o contemplar dolor: "¿Cómo el *hacer sufrir* puede ser una reparación? He aquí lo que le falta a la mayoría de las teorías: demostrar hasta qué punto de vista *hacer sufrir* provoca placer"²⁰.

3. Apegos patológicos a la autoridad

Si en situaciones normales, por fuera de agravios extremos de autoridad punitiva, la población de un país no ofrece resistencia a las ilusiones sacrificiales de la autoridad como a la cultura profesional y mediática que la asiste, ¿a qué debe su energía esta servidumbre subjetiva? El concepto de *apego patológico* al discurso de autoridad puede ser de gran utilidad para conocer la resistencia a la crítica y al cambio en la manera de relacionarnos con el conflicto. No hay representación ni idea que no esté ligada a un *monto de afecto* o emoción; éste es otro de los grandes descubrimientos del psicoanálisis para los procesos mentales tanto inconscientes como conscientes y que en las últimas décadas a la teoría política le ha sido de utilidad para la crítica ideológica de los conceptos. Las razas no existen, son una construcción al igual que la idea de nación, pero contra viento y marea estas creencias forman parte de un sentido común por el que todavía los hombres viven y se matan. No es muy diferente la situación para la ilusión sacrificial. Parece que todo lo que el proyecto de la modernidad relegara a la periferia de la vida humana por irracional (la emoción, el afecto, la pasión) ha retornado al centro de la escena, y muy mal se haría en no contar con ello, porque —como se sabe ahora— no alcanza con acuerdos discursivos para ligar creencias y motivar acciones. La identificación con creencias punitivas provendría de un apego emocional, de lo que se conoce suficiente por las poderosas mociones vindicativas que se movilizan en la respuesta sacrificial. Por el momento, parece no haber

camino más prometedor que este para la comprensión de la persistencia de la ilusión sacrificial. Las investigaciones sobre el pánico moral realizadas en la década del sesenta del siglo pasado no subestimaron la fibra emocional que sacuden las campañas estatales de pena y orden, tanto en lo que afecta a la población como a los agentes de criminalización, pero no salen de la crítica ideológica tradicional²¹.

Es cierto que las ilusiones punitivas son profecías que se cumplen: "si los hombres definen las situaciones como reales aunque no lo sean, las consecuencias son reales". La pena no salva la sociedad de su aniquilamiento, pero basta con creerlo para levantar guillotinas y campos de concentración. Éste ha sido siempre el problema de la servidumbre subjetiva. No alcanza la denuncia de la autoridad política, académica o del monopolio mediático cuando apelan al miedo o al terror para justificar castigo. En el fundamento jurídico-político del mito moderno de la inexorabilidad del castigo para que la sociedad exista no faltan recursos emocionales para atemorizar con la amenaza de caos, guerra de todos y venganza homicida ilimitada. Pero este conocimiento deja sin responder por qué la población cae repetidamente en la trampa de la ilusión punitiva e incluso de ella obtiene un goce sustitutivo.

4. Amor al castigo

Para que la sociedad viva alguien tiene que padecer es el lema de una creencia sacrificial heredada de la sociedad salvaje masificada en la sociedad punitiva. De no existir alguna fuerza emocional ligada a aquella creencia, no podría seguirle tampoco un beneficio de la misma naturaleza que haga posible la persistencia de la solución punitiva en la vida humana. El psicoanálisis detectó una *pulsión de muerte* que trabaja muda en la vida anímica para la autodestrucción y la agresividad, de la que se logra una ganancia de placer y cuyo agente es el *ideal de yo*, herencia

²¹ YOUNG, J., "El pánico moral. Su origen en la resistencia, el *ressentiment* y la traducción de la fantasía en realidad", ob. cit., p. 7 y ss.

²⁰ NIETZSCHE, F., *La genealogía de la moral*, ob. cit., p. 75.

de una figura de autoridad siempre ambivalente, amada y hostil. Se vuelve sobre el goce sustitutivo que ofrece el trato punitivo porque allí puede encontrarse una razón de la aparente fatalidad de respuesta sacrificial en la vida social. No se trata de un goce cualquiera. Su particularidad está dada porque es un beneficio que ofrece la autoridad; no es material sino subjetivo con efectos reales, como hace el *ideal de yo* (inconsciente) con la necesidad autopunitiva para encontrarle al yo un bienestar en el padecimiento.

Las comparaciones de realidades diferentes siempre resultaron equivocadas cuando las reglas que gobiernan un sistema se aplican mecánicamente para explicar otro: la sociedad como un organismo, la autoridad y las relaciones sociales a imagen y semejanza con el orden natural. Pero en el caso de hombres y mujeres en su relación con la autoridad no es improbable que esa instancia inconsciente, castigadora, que subroga a la autoridad parental y a la que el yo está ligado por emociones ambivalentes de amor y hostilidad encuentre en la autoridad punitiva externa una figura que la representa en la vida consciente. La comparación siempre puede parecer forzada, pero a fin de cuentas se trata de la vida anímica de una persona en relación consigo mismo y con otros, entre ellos la autoridad. De cualquier modo, ese apego emocional con una instancia castigadora interna de la que se obtiene un goce no podría dejar de influir en la vida del hombre sino como *poderoso entrenamiento para naturalizar ilusiones sustitutivas que parten de figuras de autoridad del mundo exterior*. Freud mismo comparó la investidura libidinal del niño a las figuras de autoridad paternal con la investidura libidinal que la masa deposita en un conductor que hace las veces de ideal de yo de todos y cada uno²². En la vida anímica del individuo el otro es "con toda regularidad" modelo, objeto, auxiliar, enemigo y, por eso mismo, la psicología individual —con toda legitimidad, dice Freud— es simultáneamente psicología social²³. El individuo deposita, primero en sus progenitores y más tarde en la

autoridad punitiva o cualquier otra soberana, por fuerza de las pulsiones libidinales, una investidura con energía amorosa. El retiro o quiebre de esta investidura, por el contrario, cuando su objeto es una autoridad externa puede dar lugar a una angustia de pánico y descomposición de la masa, fenómeno equivalente al de la anomia social que describe la sociología²⁴. En el origen de esta investidura libidinal de objeto está el proceso de identificación que es la más temprana exteriorización de una ligazón afectiva con otra persona cuyo presupuesto está dado por el hecho biológico, como repetidamente insiste Freud, del prologado desvalimiento de la criatura humana ante el mundo exterior, por su larga dependencia de los progenitores y por el complejo edípico. Cuando éste se clausura produce la introyección del objeto como *ideal de yo* —conciencia moral— y agente de represión y autocastigo. De modo que, así como el psicoanálisis puede decir que el *ideal de yo* es el heredero del complejo de Edipo, del apego emocional a la ilusión punitiva puede decirse, también, que es herencia de un entrenamiento y socialización normales. ¿Por qué otra causa las personas estarían dispuestas a vivir en la subordinación, en la obligación de padecer trato sacrificial para el bien de la sociedad y esperar de ello un beneficio o alivio psíquico? ¿Por qué los hombres —como decía Spinoza— se esfuerzan en su servidumbre como si fuera su salvación?

Para estas observaciones, entonces, importa menos el contenido de verdad o falsedad de los discursos de autoridad que la autoridad considerada como objeto de investidura libidinal o de apego emocional. En pocas palabras, la población puede encontrar alivio en el sufrimiento ajeno cuando a una autoridad se la inviste de suficiente apego emocional y se la reconoce por su efecto pacificador frente un malestar colectivo que pone en peligro la sociedad en cuanto tal. Porque toda figura de autoridad de la que parten las identificaciones tiene como cualidad la de ser agentes de protección y cuidado, razón por la cual puede comprenderse la gravedad de la angustia frente a lo ominoso, es decir, cuando la autoridad se vuelve homicida.

²² FREUD, S., *Psicología de las masas y análisis del yo*, ob. cit., p. 110.

²³ Ibid., p. 67.

²⁴ Ibid., p. 92.

5. El límite de la razón

Entre 1960 y 1963 Stanley Milgram llevó a cabo en la Universidad de Yale una serie de experimentos de psicología individual y social que tenían como fin establecer hasta dónde y bajo qué condiciones las personas estarían dispuestas a practicar castigos físicos a otros²⁵. El resultado fue desalentador. Una proporción muy alta de voluntarios mostró una extrema obediencia a las órdenes de tormento por vehementes que fuesen los ruegos de las víctimas. La conclusión no fue menos inquietante: el factor decisivo para el cumplimiento de la orden no era su motivo sino en el hecho de que se origina en una autoridad²⁶. Es el apego afectivo a esta figura con mando lo que convertía a los voluntarios en leales agresores, como si la figura de autoridad que subroga el *ideal de yo* tomara forma humana en el mundo exterior. El psicoanálisis hace un aporte decisivo en la interpretación de por qué creemos y hacemos lo que creemos cuando señala que en la pulsión de agredir, en perjuicio de uno mismo o de otros, no falta una cuota de goce y alivio psíquico. En el lazo libidinal con la autoridad se espera un beneficio sin el cual no puede producirse la obediencia sacrificial. Que las creencias y prácticas sacrificiales no dependen únicamente de razones lo pone en evidencia el experimento: "Si bien muchos sujetos toman la decisión intelectual de no aplicar más descargas eléctricas, con frecuencia son incapaces de transformar su convicción en acción"²⁷. La resistencia a la orden sacrificial no es una cuestión intelectual, porque la obediencia tampoco lo es. Ni siquiera quienes se oponen a la orden pueden hacerlo sin experimentar una enorme tensión emocional. Pareciera, entonces, que la obediencia a la autoridad está relacionada

²⁵ Para una descripción e interpretación psicoanalítica del experimento, STAVRAKAKIS, Y., *La izquierda lacaniana. Psicoanálisis, teoría, política*, ob. cit., p. 119 y ss.

²⁶ MILGRAM, S., *Obedience to Authority*, Londres, 2005, pp. 94-95, citado en STAVRAKAKIS, Y., ob. cit., p. 200. Un análisis desde la perspectiva moral, en REVAULT D'ALLONNES, M., *Lo que el hombre hace al hombre...*, ob. cit., p. 23 y ss.

²⁷ *Ibid.*, p. 150.

más con *apegos psicossomáticos*²⁸ que con creencias y razones. En la sobrevaloración de los procesos anímicos conscientes por sobre los inconscientes se alzaba un obstáculo para tomar noticia del nivel de goce que se juega en el trato punitivo y que la interpretación convencional del experimento daba cuenta pero dejaba sin explicar.

En la lectura que hace Lacan de Freud —que es la que sigue una orientación en teoría política basada en las emociones—²⁹ el viejo concepto de *ganancia en la enfermedad* recibe el nombre de *jouissance* (goce), pero que no modifica su clásico sentido de energía inconsciente que inviste el displacer de una cualidad placentera. Hombres y mujeres "apasionadamente apegados" a una subordinación que los *sujeta* a la demanda de solución punitiva siempre son de fácil manipulación. Con este descubrimiento hasta podría legitimarse la solución sacrificial en el hecho de que ésta responde a una demanda natural. Hay sacrificio porque la autoridad responde con ello a lo que la población pide. Pero para que esa pulsión de muerte se convierta en agresión hacia afuera, no sólo depende de una singularidad subjetiva sino principalmente de condiciones sociales propicias para ello. La sociedad igualitaria de los salvajes no conoce trato punitivo en la escala en la que lo practica la sociedad estratificada con autoridad. Como Freud lo señaló, no hay que asombrarse de lo fácil que es entusiasmar al hombre para la matanza y movilizar pulsiones de odio y aniquilamiento, pero ello siempre ocurre en el contexto de profundos desacuerdos sociales³⁰.

La facilidad con la que se adopta la solución sacrificial en contextos propiciatorios también estaría indicando el poderoso entrenamiento que

²⁸ STAVRAKAKIS, Y., *La izquierda lacaniana. Psicoanálisis, teoría y política*, ob. cit., pp. 205-209.

²⁹ Un panorama de la discusión en CALETTI, S., "Subjetividad, política y ciencias humanas. Una aproximación", en CALETTI, S. (comp.), *Sujeto, política, psicoanálisis*, ob. cit., p. 17 y ss.

³⁰ FREUD, S., *¿Por qué la guerra?*, en *Obras completas*, ob. cit., pp. 190 y 192.

— implica el proceso temprano de identificación y apego con una figura de autoridad. Judith Butler indica acertadamente:

... ningún sujeto emerge sin un vínculo apasionado con aquellos de quienes depende de manera esencial. Aunque la dependencia del niño no sea subordinación política en un sentido habitual, la formación de la pasión primaria en la dependencia lo vuelve vulnerable a la subordinación y la explotación (...) esta situación de dependencia primaria condiciona la formación y la regulación política de los sujetos y se convierte en el instrumento de su sometimiento. Si es imposible que el sujeto se forme sin vínculo apasionado con aquellos a quienes está subordinado, entonces la subordinación demuestra ser esencial para el devenir del sujeto (...) *prefiero existir en la subordinación que no existir*, ésta sería una de las formulaciones del dilema³¹.

Sin embargo, esta inteligente observación merece algunas reservas. La dependencia de la criatura humana a la autoridad de sus progenitores o cualquier otra equivalente y su introyección como *ideal de yo* en el complejo edípico deparará más o menos sufrimiento, y es tal vez el más formidable condicionamiento para que el beneficio en el castigo, propio o ajeno, sea sentido con "afecto familiar". Parece no haber dudas sobre las consecuencias que esto produce para hacer de la ilusión punitiva un motivo de goce, tanto como para convertir humanos en súbditos. Sin embargo, el complejo de identificación parental que describe el psicoanálisis, y del que resulta más o menos padecimiento para la vida de relación del individuo, es consecuencia inevitable de lo que el hombre tiene que perder para vivir en sociedad. En cambio, la identificación emocional con la ilusión punitiva de autoridad no parece del mismo modo inevitable para hacer posible la vida de relación. Por otra parte, como se señaló, la servidumbre voluntaria a una figura de autoridad política o punitiva es una condición humana representativa sólo de un pequeño fragmento de la existencia social, lo que demostraría que para devenir sujeto no hace falta "ni rey, ni fe, ni ley". El hombre no cae automáticamente en la

subordinación —como promesa de existencia—, ni la autoridad se vale de ese desecho de existencia o miedo ante la muerte para domesticar incondicionalmente en la orden a la manera en que Hegel lo creía para la relación del amo y el esclavo³². Pero la vida anímica puede jugar en favor de ello. La vulnerabilidad al poder punitivo no es sólo de quienes lo padecen. En ese caso, el derecho penal debe tomar nota de una vulnerabilidad humana a la ilusión sacrificial portadora de goce.

En 1918, poco antes de que Freud introdujera la noción de pulsión de muerte como principio regulativo de la vida anímica, George Mead, filósofo y psicólogo social de la Universidad de Chicago, publicó *La psicología de justicia punitiva*³³, en el cual las emociones ocupan el centro de la escena para explicar la naturaleza del castigo y la forma en la que los humanos se relacionan con la venganza pública. Allí indaga el origen de la creencia común y profesional de que sin trato punitivo, "con todos sus efectos perversos y desintegradores", la sociedad misma sería imposible. Desde una perspectiva social en el estudio de los instintos, renueva la orientación del viejo conductismo de la psicología norteamericana y, como Freud, descubría la existencia de dos grupos opuestos de instintos: hostiles (destrutivos) y amistosos (parentales y sexuales), de cuya combinación se organiza la conducta social. El sufrimiento retributivo que se obliga a padecer al sujeto sacrificial, como la creencia de que por su intermedio se reafirma una sociedad amenazada de peligro de existencia, se explican como respuestas emocionales al instinto de destrucción: las emociones que se despiertan son de batalla y la pena —contra los enemigos de la sociedad— responde a esos sentimientos de hostilidad. Aunque, sin reparar en la ganancia psíquica de la que el trato sacrificial obtiene su persistencia, Mead enfatiza que nunca el criminal hace peligrar la existencia de la sociedad y denuncia una estimación exagerada de la respuesta vindicativa para la cohesión social. Gran reformador en una época de guerras y destrucciones masivas de vidas, propone lidiar

³¹ Sobre este problema llama la atención BUTLER, J., *Mecanismos psíquicos del poder*, ob. cit., pp. 17-18.

³² HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del espíritu*, ob. cit., p. 177.

³³ MEAD, G. H., "The American Journal of Sociology", ob. cit.

con las causas del crimen "desapasionadamente" para reducir sufrimiento humano cambiando la atención que se mueve desde el enemigo hacia la reconstrucción de las condiciones sociales.

La pena pierde en argumentación racional por su lado emocional, y por ende retributivo. Que *alguien tiene que sufrir para que la sociedad viva*, como fórmula de la ideología penal, carece de todo sentido para prevenir crímenes y resocializar delincuentes, y no por ello esta "máscara" de realidad deja un vacío en la cultura punitiva. ¿Qué ocupa el lugar de las razones en el castigo? Se mencionó el aporte que hace la crítica ideológica al detectar en el interés y las motivaciones de una clase social dominante la voluntad deliberada de *hacer de la parte el todo*. Sin embargo, la ideología penal es algo más, como lo hace saber el hecho de que al caerse las "máscaras" utilitarias o preventivas, legas o profesionales, la creencia patibularia apenas se resiente con ello. La ideología de la pena, además de ser creencia razonada —en la que no falta parcialidad, ultrasimplificación y prejuicios—, tiene como nota distintiva un lenguaje de naturaleza emotiva. Por ello el estudio de la ideología penal no puede desconocer este otro aspecto que la caracteriza, el de vía de escape de ansiedad colectiva. La ideología suministra "una salida simbólica" a las agitaciones emocionales generadas en el malestar social e individual frente al conflicto real o imaginario. Como dice Clifford Geertz, una ideología transforma la emoción en creencias compartidas, y hasta universales³⁴, pero no por ello la solución sacrificial debe justificarse. Los datos de realidad no determinan ningún inevitable *deber ser* y menos aún: si la respuesta punitiva frente al conflicto está fundada en el mito de la pena para que la sociedad exista.

Es probable que el psicoanálisis no sea el único camino abierto para hallar una respuesta plausible al interrogante que se plantea; se introduce a falta de una hipótesis mejor, sin dejar de sentir inquietud ante la reducción mecanicista que hace de la necesidad inconsciente de castigo la explicación de la persistencia de la ilusión punitiva. La retribución,

aun bajo una "máscara" preventiva, es el resultado ideológico de una vida humana dominada por pulsiones. El racionalismo penal vive de y por las pasiones humanas.

³⁴ GEERTZ, C., *La interpretación de la cultura*, ob. cit., p. 177.

CONCLUSIONES

¿A dónde condujo este recorrido que empieza en el sacrificio primitivo, continúa en la pena pública y concluye en el goce humano por la ilusión punitiva? Hasta aquí es posible sacar algunas conclusiones que no pueden ser más que provisionales. El discurso jurídico-penal es portador del mito de la pena pública para que exista sociedad humana. A través de una falsa imagen del hombre salvaje, al que se le atribuye una irracionalidad constitutiva y su vida de relación se califica como antisociedad, el derecho penal encuentra en la solución punitiva el pasaje de la barbarie a la racionalidad civilizatoria porque en el monopolio soberano de la violencia se asegura el fin a la venganza interminable. Por este camino, la idea preventiva general positiva de pena se indiferencia de la retribución vindicativa en tanto el castigo se legitima en su función de estabilizar o refundar la sociedad afectada en su existencia.

Hacer sufrir a alguien o a grupos vulnerables para que la sociedad viva es la creencia detrás de toda idea legitimante de pena. La fuerza del mito no le debe menos a prejuicios que a estructuras de sentimientos que hacen posible la persistencia y naturalización de esta ilusión punitiva para que exista sociedad. La antropología de la segunda mitad del siglo XX confronta el mito con descripciones etnográficas y descubre que la sociedad primitiva no es una sociedad de venganza y homicidas. Polemizan con Hobbes para desmentir quinientos años de prejuicio; fundamentalmente, con el concepto de anarquía, que amenaza como catástrofe social y que la pena viene a conjurar. La descripción etnográfica demuestra que la sociedad primitiva vive *de y para* el intercambio, también frente a lo que hoy se considera delito.

La destrucción de la sociedad de iguales y la emergencia de la autoridad punitiva convierte a la sociedad en deudora del jefe y nace con

ello población vulnerable a la solución sacrificial. Desaparece la regla de reparación y toda falta se paga con sufrimiento, porque toda infracción es considerada acto de enemistad a la autoridad y al derecho soberano. La sociedad primitiva no conoce pena pública; tiene experiencia de trato sacrificial que no difiere del castigo moderno más que en la masificación de la práctica que produce el evento civilizatorio.

La doctrina moderna del delito y la pena tienen muy bien escondido su origen. Es el encubrimiento más grande de la historia del derecho penal. No se deja ver en el delincuente circunstancial, pero un poco del pasado arcaico se muestra en el delincuente habitual. Donde el sacrificio punitivo se muestra sin censuras civilizatorias es en el genocidio, en el que crimen y pena se prestan a un juego de sustituciones paradójales. En el crimen común el hecho punible es causa de la pena a condición de un estado y situación de vulnerabilidad. Pero en las masacres delito y crimen se solapan.

La pena pública regulada o extrema no es resultado de la superación de la venganza privada que nunca existió, sino de la generalización de una práctica sacrificial salvaje sobre personas vulnerables con el fin de impedir que la comunidad se ahogue en el malestar. Se generaliza el sacrificio en la pena pública porque la civilización es una sociedad de conflicto, pero fundamentalmente porque en el sacrificio punitivo, salvaje y moderno, no falta una satisfacción o goce que lleva tranquilidad y pacificación interna, aun cuando esto último sea pasajero y causa de peores padecimientos. El derecho penal que legitima pena, en este cuadro, hace propaganda de violencia sacrificial. Se sabe que el castigo no previene nada, no refunda la sociedad o el derecho, pero es necesario que se vea así. ¿Por qué tanta adhesión? ¿Dónde reside el magnetismo pacificador de la destrucción sacrificial?

Así como el saber etnográfico sirvió a la desmitificación de la naturaleza civilizatoria de la pena pública, el psicoanálisis, por su parte, ofrece una explicación plausible para la persistencia de la solución sacrificial en la sociedad humana. La agresión o *pulsión de muerte* pertenece a la vida anímica, no como algo simplemente irracional o arcaico, sino como

una condición humana. Desviarla sobre grupos o individuos vulnerables impide a la sociedad salir del círculo sacrificial. Eliminar las condiciones sociales propiciatorias para la ilusión sacrificial no es tarea de la que el jurista deba hacerse cargo. Al menos corresponde señalar, a quien vea en el derecho penal un programa reductor de poder punitivo, que no puede subestimarse la fuerza del apego afectivo por la solución sacrificial mientras exista población vulnerable que alimente con su vida esa trágica necesidad de gozar en el castigo.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

libros / artículos
interesantes / leer

ABÉLÈS, M., *Antropología de la globalización*, Ediciones del Sol, Buenos Aires, 2012.

ABERCROMBIE, N.; HILL, S. y TURNER, B., *La tesis de la ideología dominante*, Siglo XXI, Madrid, 1987.

ADLER, A., "La guerra y el Estado primitivo", en ABENSOUR, M. (ed.), *El espíritu de las leyes salvajes*, Ediciones del Sol, Buenos Aires, 2007.

ADORNO, T. W.; FRENKEL-BRUNSWIK, E.; LEVINSON, D. y NEVITT SANFORD, R., "La personalidad autoritaria (Prefacio, Introducción y Conclusiones)", en *Empiria*, Revista de Metodología de Ciencias Sociales, n° 12, julio-diciembre de 2006.

AGAMBEN, G., *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2003.

—, *Homo sacer*, I, Editora Nacional, Madrid, 2002.

ALAGIA, A., "Día 'D', hora 'H', crímenes masivos cometidos en Argentina (1976-1983)", en *Revista de derecho penal y criminología*, año II, n° 1, Buenos Aires, febrero de 2011.

ALTHUSSER, L., *La filosofía como arma de la revolución*, Pasado y Presente, México, 1984.

ANDERSON, B., *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

ANDERSON, P., *Transiciones de la antigüedad al feudalismo*, Siglo XXI, México, 1983.

ANDREOPOULOS, G. J. (ed.). *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions*, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 1994.

ANITUA, G. I., *Historia de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

BACIGALUPO, E., *Manual de derecho penal*, Temis, Bogotá, 1984 y Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BADIOU, A., *Teoría del sujeto*, Prometeo, Buenos Aires, 2009.

—, *El ser y el acontecimiento*, Manantial, Buenos Aires, 1999.

BALANDIER, G., *Antropología política*, Ediciones del Sol, Buenos Aires, 2005.

—, *El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales*, Gedisa, Barcelona, 1993.

BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica al derecho penal, Siglo XXI*, México, 1991.

—, "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal", en *Poder y Control*, n° 0, 1986.

BARRETO, T., "Fundamentos del derecho de punir", en *Introducción al estudio del derecho penal*, trad. de Pablo Vega, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

BATAILLE, G., *La parte maldita*, Icaria, Barcelona, 1987.

BARTRA, R., "El mito del salvaje", en *Revista de cultura científica de la Facultad de Ciencias de la UNAM*, nos. 60-61 octubre de 2000 - marzo de 2001.

BAUDRILLARD, J., *El intercambio simbólico y la muerte*, Monte Ávila, Caracas, 1992.

BAYER, O.; BORÓN, A. y GAMBINA, J., *El terrorismo de Estado*, Instituto Espacio para la Memoria, Buenos Aires, 2011.

BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, Arayú, Buenos Aires, 1955.

BERMAN, M., *Todo lo sólido se desvanece en el aire*, Siglo XXI, México, 2008.

BERNAL, J., *La ciencia en la historia*, Península, México, 1959.

BIAGINI, H. (comp.), *El movimiento positivista argentino*, Punto Sur, Buenos Aires, 1985.

BLACKBURN, R. (comp.), *Después de la caída*, Crítica, Barcelona, 1993.

BLAIN, E., *Tzompantli, horca y picota. Sacrificio o pena capital*, Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas, vol. XXVIII, n° 88, México, 2006.

BLAUSTEIN, E. y ZUBIETA, M., *Decíamos ayer. La prensa argentina bajo el proceso*, Colihue Buenos Aires, 1998.

BLOCH, M., *La sociedad feudal*, Akal, Madrid, 2002.

BOAS, F., *Cuestiones fundamentales de la antropología cultural*, Solar, Buenos Aires, 1964.

BRITO, R. y FREITAS, A., *As razoes do positivismo no Brasil*, Río de Janeiro, 2002.

BURCKHARDT, J., *La cultura del Renacimiento en Italia*, Akal, Madrid, 1992.

BURKERT, W., *El origen salvaje. Rito de sacrificio y mito entre los griegos*, El Acantilado, Barcelona, 2011.

BURUCÚA, J. E., *Sabios y marmitones. Una aproximación al problema de la modernidad clásica*, Lugar Ed., Buenos Aires, 1993.

BUTLER, J., *Mecanismos psíquicos del poder*, Cátedra, Madrid, 2001.

CALETTI, S. (comp.), *Sujeto, política, psicoanálisis*, Prometeo, Buenos Aires, 2011.

CANETTI, E., *Masa y poder, Obra completa, 1*, Debolsillo Barcelona, 2011.

CARNEIRO, R., "Una teoría del origen del Estado", en *Science, New Series*, v. 169, 1970.

*De la relación
con el
poder del
Estado.*

CARRARA, F., *Programa de derecho criminal*, Parte General, vol. I, Temis, Bogotá, 1956.

CASSIN, E.; BOTTÉRO, J. y VERCOUTTER, J., *Los imperios del antiguo oriente*, Siglo XXI, México, 2006.

CASTORIADIS, C., *La ciudad y las leyes. Lo que hace a Grecia*, 2, Fondo de Cultura Económica, México, 2012.

—, *Lo que hace a Grecia. 1. De Homero a Heráclito, Seminarios 1982-1983. La creación humana II*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006.

CHALK, F., y JONASSOHN, F., *Historia y sociología del genocidio*, Prometeo, Buenos Aires, 2010.

CHILDE, G., *Los orígenes de la civilización*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1992.

CLASTRES, P., *Sociedad contra Estado*, Caronte, La Plata, 2008.

—, *Crónica de los indios guayaquis. Lo que saben los aché, cazadores nómadas del Paraguay*, Alta Fulla, Barcelona, 1986.

—, *Investigaciones en antropología política*, Gedisa, México, 1987.

CÓDIGO DE HAMMURABI, Madrid, 2008.

COHEN, S., *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 2005.

COSENTINO, J. C., *Construcción de los conceptos freudianos II*, Manantial, Buenos Aires, 1999.

CREAZZO, G., *El positivismo criminológico italiano en la Argentina*, Ediar, Buenos Aires, 2007.

CHRISTIE, N., *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

DE AZARA, F., *Viajes por América Meridional*, Espasa Calpe, Madrid, 1923.

DE HEUSCH, L., "La inversión de la deuda (proposiciones acerca de las realidades sagradas africanas)", en ABENSOUR, M. (ed.), *El espíritu de las leyes salvajes*, ob. cit.

DE LA BOÉTIE, E., *El discurso de la servidumbre voluntaria* [1578], Utopía Libertaria La Plata, 2009.

DE MAISTRE, J., *Las veladas de San Petersburgo*, Imprenta de J. Gimeno, Valencia, 1832.

DE ROMILLY, J., *La ley en la Grecia clásica*, Biblos, Buenos Aires, 2004.

DE TOCQUEVILLE, A., *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza, Madrid, 2004.

DELEUZE, G. y GUATTARI, F., *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Pre-Textos, Valencia, 1988.

DESCOLA, F., *Las lanzas del crepúsculo: Relatos jíbaros. Alta Amazonia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.

DONAT, L. R., "El sistema probatorio medieval de los germanos visto por historiadores alemanes del derecho del siglo XIX y de comienzos del siglo XX", en *Revista de estudios históricos-jurídicos*, n° 34, Valparaíso, 2012.

DONGHI, T. H., *Revolución y guerra. Formación de una élite dirigente en la Argentina criolla*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1972.

DUBY, G., *Guerreros y campesinos*, Siglo XXI, México, 1999.

DURKHEIM, E., *La división social del trabajo*, Shapire, Buenos Aires, 1987.

EAGLETON, T., *Ideología. Una introducción*, Paidós, Buenos Aires, 1997.

—, *Terror santo*, Debate, Barcelona, 2008.

ELSTER, J., *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, Gedisa, Barcelona, 1991.

—, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

ENGELS, F., *La situación de la clase obrera en Inglaterra*, Ed. Esencias, Buenos Aires, 1974.

ESPÓSITO, R., *Communitas. Origen y destino de la comunidad*, Amorrortu, Buenos Aires, 2007.

—, *Inmunitas. Protección y negación de la vida*, Amorrortu, Buenos Aires, 2005.

EVANS-PRITCHARD, E. E., *Las teorías de la religión primitiva*, Siglo XXI, Madrid, 1991.

—, *Los nuer*, Anagrama, Barcelona, 1992.

FEIERSTEIN, D., *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Laterza, Roma, 1989.

FOLGUEIRO, H.; FILIPPINI, L. y PARENTI, P., *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007.

FONTÁN BALESTRA, C., *Tratado de derecho penal* [1966], Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

FORTES, M. y EVANS-PRITCHARD, E. E., "Sistemas políticos africanos", en LLOBERA, J. R. (comp.), *Antropología política*, Anagrama, Barcelona, 1978.

FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México, 1983.

—, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, México, 1985.

FRAZER, J., *La rama dorada. Magia y Religión*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1981.

FREUD, S., *Obras completas*, Amorrortu, Buenos Aires, 2003.

GARDNER, J., *Ofensas y defensas*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

GEERTZ, C., *La interpretación de la cultura*, Gedisa, Barcelona, 2003.

—, *Negara: El Estado-teatro en Bali del siglo XIX*, Paidós, Barcelona, 1999.

GELLNER, E. y otros, *Patronos y clientes*, JUCAR Universidad, Madrid, 1986.

GENOVESE, E., *Esclavitud y capitalismo*, Ariel, Barcelona, 1971.

GIRARD, R., *El chivo expiatorio*, Anagrama, Barcelona, 1986.

—, *La violencia y lo sagrado*, Anagrama, Barcelona, 2005.

GLEDHILL, J., *El poder y sus disfraces. Perspectivas antropológicas de la política*, Bellaterra, Barcelona, 2000.

GLUCKMAN, M., *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal*, Akal, Madrid, 1978.

GODELIER, M., *Comunidad, sociedad, cultura. Tres claves para comprender las identidades en conflicto*, CNRS Éditions, París, 2009.

—, *Teoría marxista de las sociedades precapitalistas*, Laia, Barcelona, 1975.

GÓMEZ, E., *La mala vida en Buenos Aires*, Ediciones Biblioteca Nacional, Buenos Aires, 2011.

—, *Tratado de derecho penal*, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.

GRÜNER, E., *La forma de la espada*, Colihue, Buenos Aires, 1997.

—, *La oscuridad y las luces. Capitalismo, cultura y revolución*, Edhasa, Buenos Aires, 2010.

—, "Pierre Clastres, o la rebeldía voluntaria", en ABENSOUR, M. (comp.), *El espíritu de las leyes salvajes*, Ediciones del Sol, Buenos Aires, 2007.

HARRIS, M., *Introducción a la antropología general*, Alianza, Madrid, 1991.

—, *Reyes y caníbales: Los orígenes de la cultura*, Salvat, Barcelona, 1986.

- , *Vacas, cerdos, guerras y brujas*, Alianza, Madrid, 2011.
- , *Teoría sobre la cultura en la época posmoderna*, Crítica, Barcelona, 2000.
- HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del espíritu*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1983.
- , *Filosofía del derecho*, UNAM, México, 1985.
- HENDLER, E., *Las raíces arcaicas del derecho penal*, Corporación Editora Nacional, Ecuador, Quito, 1995.
- HILTON, R., *Conflicto de clases y crisis del feudalismo*, Crítica, Barcelona, 1988.
- HINDESS, B. y HIRST, P. Q., *Los modos de producción precapitalistas*, Península, Barcelona, 1979.
- HOBBS, T., *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- HOBBSBAWM, E., *Historia del siglo XX*, Crítica, Barcelona, 1997.
- , *Naciones y Nacionalismos desde 1780*, Crítica, Barcelona, 1998.
- HORKHEIMER, M., *Crítica de la razón instrumental*, Sur, Buenos Aires, 1973.
- , *Teoría tradicional y teoría crítica*, Sur, Barcelona, 2000.
- y ADORNO, T., *Dialéctica de la Ilustración*, Sudamericana, Buenos Aires, 1987.
- HULSMAN, L. y BERNAT DE CELIS, J., *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984.
- IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- JAEGER, W., *Paideia: los ideales de la cultura griega*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- JAKOBS, G., *Derecho penal, parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- , *Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

- , *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- JESCHECK, H. H., *Tratado de derecho penal, Parte general*, Comares, Granada, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1950.
- , *Psicoanálisis criminal*, Depalma, Buenos Aires, 1947.
- KELSEN, H., *Sociedad y naturaleza, una investigación sociológica*, Depalma, Buenos Aires, 1949.
- , *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1988.
- , "Causalidad e imputación", en *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Buenos Aires, 1993.
- KOJÉVE, A., *La noción de autoridad*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2004.
- LACAN, J., *Escritos, I*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1988.
- , *La ética del Psicoanálisis, El seminario, Libro 7*, Paidós, Buenos Aires, 2011.
- LAPLANCHE, J. y PONTALIS, J., *Diccionario de Psicoanálisis*, Paidós, Buenos Aires, 1999.
- LAURISTON SHARP, L. R., "Pueblos sin política", en LLOBERA, J. R. (comp.), *Antropología Política*, Anagrama, Barcelona, 1978.
- LEVENE, M., "El rostro cambiante de la matanza masiva: masacre, genocidio y postgenocidio", en *Revista internacional de Ciencias Sociales*, n° 274, diciembre de 2002.
- LÉVI-STRAUSS, C., *Antropología estructural*, Siglo XXI, México, 2008.
- , *El pensamiento salvaje*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- , *La antropología frente a los problemas del mundo moderno*, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2011.
- , *Tristes trópicos*, Paidós, Buenos Aires, 1988.

→ T3
2011

LEWIN, B., *Túpac Amaru en la independencia de América*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979.

LOCKE, J., *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Losada, Buenos Aires, 2002.

LÓPEZ LUJAN, L. y OLIVIER, G., *El sacrificio humano en la tradición religiosa mesoamericana*, INAH-UNAM, México, 2010.

MAIER, J., *Derecho procesal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

MAIR, L., *El Gobierno primitivo*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970.

MALINOWSKI, B., *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1985.

MANDEVILLE, B., *La fábula de las abejas o vicios privados hacen la prosperidad pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

MANN, M., *Las fuentes del poder social*, I, Alianza, Madrid, 1991.

MARX, K., "Prólogo" a *Contribución a la Crítica de la economía política*, en MARX, K. y ENGELS, F., *Obras escogidas*, vol. 1, Cartago, Buenos Aires, 1984.

—, *Acercá del suicidio*, Las cuarenta, Buenos Aires, 2012.

—, *El capital*, L. 1, T. III, Siglo XXI, Madrid, 2000.

—, *Elementos fundamentales para la crítica de la Economía Política (Grundrisse, 1857-1858)*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1973.

—, *La ideología alemana*, Pueblos Unidos/Cartago, Buenos Aires, 1985.

—y HOBBSBAWM, E., *Formaciones económicas precapitalistas*, Siglo XXI, México, 1989.

MATHIESEN, T., *Juicio a la prisión*, Ediar, Buenos Aires, 2003.

MAUSS, M., *Ensayo sobre el don. Forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*, Katz, Madrid, 2010.

—y HUBERT, H., *El Sacrificio. Magia, mito y razón*, Las cuarenta, Buenos Aires, 2010.

MEAD, G. H., "The American Journal of Sociology", V. XXII, marzo, 1918, n° 5, en *Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, Buenos Aires, nos. 9/10, año 1997.

MEIKSINS WOOD, E., *De ciudadanos a señores feudales*, Paidós, Madrid, 2011.

MEILLASSOUX, C., *Mujeres, graneros y capitales*, Siglo XXI, México, 1999.

MELOSSI, D. y PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Siglo XXI, México, 1985.

MÉTRAUX, A., "La antropofagia ritual de los tupinambá", en *Antropofagia y cultura*, El Cuenco de Plata, Buenos Aires, 2011.

MEZGER, E., *Derecho penal, Libro de estudio, Parte general*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

MOLINA, M. (ed. y trad.), *La ley más antigua: textos legales sumerios*, Trotta, Barcelona, 2000.

MOLINARIO, A., "Las penas privativas de libertad de corta duración", en *Revista penal y penitenciaria*, VI, 1941.

MONTAIGNE, M., *Ensayos completos*, Cátedra, Madrid, 2005.

MOORE, B., *La injusticia: bases sociales de la obediencia y la rebelión*, UNAM, México, 1989.

MOORE, R. I., *La formación de una sociedad represora. Poder y disidencia en la Europa occidental, 950-1250*, Crítica, Barcelona, 1989.

MORGAN, L., *La sociedad primitiva (Ancient Society, 1887)*, Ediciones de la Universidad Nacional de La Plata, 1935.

MUÑOZ, P., *La invención lacaniana del pasaje al acto. De la psiquiatría al psicoanálisis*, Manantial, Buenos Aires.

MUÑOZ CONDE, F., "El proyecto nacionalsocialista de los extraños a la comunidad", en *Revista penal*, n° 9, Barcelona, 2002.

Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo, Tirant-Lo-Blanch, Valencia, 2003.

NIETZSCHE, F., *La genealogía de la moral*, Alianza, Buenos Aires, 1995.

NOZICK, R., *Anarquía, estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

NUÑEZ, R., *Tratado de derecho penal*, Lerner, Buenos Aires, 1959-1960.

OLIVIER, G., *Historia Mexicana*, julio-septiembre, año/vol. LVI, n° 1, El colegio de México, México, 2006.

PALTÍ, E., "El marxismo postestructuralista y la teoría del (no) sujeto", en *El Rodaballo*, año VII, n° 13, Buenos Aires, 2001.

PLATÓN, *Gorgias*, Aguilar, Buenos Aires, 1964.

PAVARINI, M., *Control y dominación*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1983.

QUINNEY, R., *Clases, Estado y delincuencia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1979.

RECALCATTI, M., *Lo homogéneo y su reverso*, Miguel Gómez Ediciones, Málaga, 2007.

RESTA, E., *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, Paidós, Barcelona, 1995.

—, "El concepto de *pharmakon* y la legalidad moderna", en ONATI INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE SOCIOLOGY OF LAW, *Sociology of Penal Control Within the Framework of the Sociology of Law*, 1991.

REVAULT D'ALLONNES, M., *Lo que el hombre hace al hombre. Ensayo sobre el mal político*, Amorrortu, Buenos Aires, 2010.

RINESI, E., *Política y tragedia. Hamlet, entre Maquiavelo y Hobbes*, Colihue, Buenos Aires, 2011.

ROBINSON, P., *Principios distributivos del derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

ROSENBERG, A., *Democracia y lucha de clases en la antigüedad*, El Viejo Topo, Madrid, 2010.

ROUSSEAU, J. J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de los hombres*, Losada, Buenos Aires, 2008.

—, *El contrato social*, Alianza, Buenos Aires, 1998.

ROXIN, C., *Derecho penal, parte general*, T. I., Civitas, Madrid, 1997.

RUSGHE, G. y KIRCHEIMER, O., *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 1984.

SAHAGÚN, B. de, *Historia general de las cosas de Nueva España*, Porrúa, Madrid, 1984.

SAHLINS, M., *Cultura y razón práctica*, Gedisa, Barcelona, 2006.

—, *Economía de la edad de piedra*, Akal, Madrid, 1983.

—, *La ilusión occidental de la naturaleza humana. Con reflexiones sobre la larga historia de la jerarquía, la igualdad y la sublimación de la anarquía en Occidente, y notas comparativas sobre otras concepciones de la condición humana*, Fondo de Cultura Económica, México, 2011.

SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Depalma, Buenos Aires, 1991.

SANFORD, V., *Violencia y genocidio en Guatemala*, F&G, Guatemala, 2004.

SCHEERER, S., "Hacia el abolicionismo", en *Abolicionismo penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

SCHMITT, C., *El Leviathan, en la teoría del estado de Tomás Hobbes*, Stuhart & Cía., Buenos Aires, 2002.

—, *Teología política*, Stuhart & Cía., Buenos Aires, 1985.

- , *Teoría del partisano. Acotación al concepto de lo político*, Stuhart & Cía., Buenos Aires, 2005.
- SEMELIN, J., "Genocidio", en *Revista de derecho penal y Criminología*, año II, n° 1, febrero de 2012.
- SERVICE, E., *Los orígenes del Estado y de la civilización*, Alianza, Madrid, 1984.
- SLOTEDIJK, P., *Crítica de la razón cínica*, T. I, Editora Nacional, Madrid, 2002.
- , *El desprecio de las masas*, Editora Nacional, Madrid, 2002.
- SOLER, R., *El positivismo argentino*, Paidós, Buenos Aires, 1968.
- SOLER, S., *Tratado de derecho penal*, T. I, TEA, Buenos Aires, 1970.
- SOZZO, M., "Los exóticos del crimen. Inmigración, delito y criminología positivista en la Argentina (1887-1914)", en *Delito y Sociedad*, Revista de Ciencias Sociales, n° 32, UBA – Universidad Nacional del Litoral, segundo semestre de 2011.
- SPINOZA, B. de, *Tratado político*, Quadrata, Buenos Aires, 2004.
- STAVRAKAKIS, Y., *La izquierda lacaniana. Psicoanálisis, teoría, política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.
- STEIN, P., *El derecho romano en la historia de Europa*, Siglo XXI, Madrid, 2001.
- STRAUSS, L., *La filosofía política de Hobbes. Su fundamento y su génesis*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2011.
- SYKES, G. y MATZA, D., "Techniques of neutralization", en *American Sociological Review*, 22, 1957.
- TÁCITO, C. C., *Germania*, Losada, Buenos Aires, 2007.
- TÁNDETER, E., *Coacción y mercado. La minería de la plata en el Potosí Colonial, 1692-1826*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1992.

- TERÁN, O., *Positivismo y nación en la Argentina*, Punto Sur, Buenos Aires, 1987.
- TERÁN LOMAS, R., "Las raíces del derecho penal en la sociedad primitiva", en *Revista de derecho penal y criminología*, n° 3, julio-septiembre de 1971.
- TERRAY, E., *La política en la caverna*, Ediciones del Sol, Buenos Aires, 2009.
- THOMPSON, E., *Los orígenes de la ley negra. Un episodio de la historia criminal inglesa*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010.
- , *Tradición, revuelta y conciencia de clase*, Crítica, Barcelona, 1979.
- THOT, L., *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal. Arqueología criminal*, Talleres de Impresiones Oficiales, La Plata, 1940.
- TILLY, C., *Coerción, capital y los Estados europeos 990-1990*, Alianza, Buenos Aires, 1993.
- VAN SWAANINGEN, R., *Perspectivas europeas para una criminología crítica*, D de F, Buenos Aires, 2011.
- VERNANT, J. P., *Mito y religión en la Grecia antigua*, Ariel, Barcelona, 1991.
- VOLOSHINOV, V. N., *El marxismo y la filosofía del lenguaje*, Alianza, Madrid, 1992.
- VON FEUERBACH, A., *Tratado de derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- VON LISZT, F., *La idea de fin en el derecho penal*, Edeval, Valparaíso, 1984.
- , *Tratado de derecho penal*, T. I, Reus, Madrid, 1937.
- WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, Editora Jurídica Chile, Santiago de Chile, 1993.
- WILLIAMS, R., *Palabras claves. Un vocabulario de la cultura y la sociedad*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2000.

WINNICOTT, D. W., *La naturaleza humana*, Paidós, Buenos Aires, 2012.

YOUNG, J., "El pánico moral. Su origen en la resistencia, el *ressentiment* y la traducción de la fantasía en realidad", en *Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, año 20, n° 31, Buenos Aires, 2011.

—, *El vértigo de la modernidad tardía*, Didot, Buenos Aires, 2012.

—, y LEA, J., *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2001.

ZAFFARONI, E., *Crímenes de masa*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2010.

—, *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1998.

—, "Introducción", en BINDING, K. y HOCHÉ, A., *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, Ediar, Buenos Aires, 2012.

—, "La crítica sociológica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica" [1989], en *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Monte Ávila, Caracas, 1992.

—, *La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo*, Cuadernos de la cárcel, Buenos Aires, 1991.

—, "La mala vida o los prejuicios vestidos de ciencia", en *Delito y sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, año 20, n° 31, 2011.

—, *La palabra de los muertos*, Ediar, Buenos Aires, 2011.

—, *Muertes anunciadas*, Temis, Bogotá, 1993.

—, *Tratado de derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1980.

—, ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2001.

ZIZEK, S., *Ideología. Un mapa de la cuestión*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

Pal

Se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2013
en los Talleres Gráficos Nuevo Offset
Viel 1444, Ciudad Autónoma de Buenos Aires