

Eugenio Raúl Zaffaroni

CRÍMENES DE MASA

Eugenio Raúl Zaffaroni

CRÍMENES DE MASA

Prólogo de Eduardo S. Barcesat

Posfacio de Daniel Feierstein



Ediciones Madres de Plaza de Mayo

Zaffaroni, Eugenio Raúl

Crímenes de masa / Eugenio Raúl Zaffaroni ; ilustrado por León Ferrari. - 2a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

108 p. : il. ; 20x12 cm.

ISBN 978-987-1231-68-3

1. Derecho Internacional Público. I. Ferrari, León, ilus. II. Título CDD 341

Fecha de catalogación: 16/05/2012

Crímenes de masa

Autor: Eugenio Raúl Zaffaroni

Prólogo: Eduardo S. Barcesat

Posfacio: Daniel Feierstein

Imágenes de interior y tapa: León Ferrari

Diagramación 2ª edición: Uriel Martínez Elías

Dirección editorial: Belén Dezzi

Imagen de tapa: *Carta a un general*. León Ferrari. Tinta china sobre papel; 46 x 29 cm. (1963) Fundación Augusto y León Ferrari Arte y Acervo



Ediciones Madres de Plaza de Mayo

Hipólito Yrigoyen 1432

C.P. 1089 – Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tel: 54 11 4383 4188

E-mail: editorial@madres.org

Web: www.madres.org

1ª edición de 2000 ejemplares, agosto 2010

2ª edición ampliada, de 3000 ejemplares, junio 2012

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

Impreso en Argentina

No se permite la reproducción parcial o total, el almacenamiento, el alquiler, la transformación de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopia, digitalización y otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las leyes 11723 y 25446.

Índice

.....

- 7 Introducción
- 13 Prólogo y reflexiones sobre el ensayo de Eugenio Raúl Zaffaroni
Por Eduardo S. Barcesat
- 25 ¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?
Por Eugenio Raúl Zaffaroni
- 91 Los crímenes de masa: ¿fin o herramienta?
Por Daniel Feierstein

Introducción

La carrera de Derecho de la UPMPM se congratula en incorporar a su serie de ediciones jurídicas al Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni*, quien nos entrega para su publicación el opúsculo “**¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?**”, que ha sido recientemente publicado en inglés en *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* (Nro.10, diciembre de 2009).

Por este trabajo, el Dr. Zaffaroni logró una merecida distinción al obtener, en Suecia y por primera vez a un ‘no angloparlante’, el premio en Criminología denominado, *The Stockholm Prize in Criminology*, galardón internacional que cuenta con el apoyo del Ministerio de Justicia de ese país y equivale al Nobel en nuestra materia.

Este reconocimiento es otorgado a quienes investigan en el campo de la criminología con el fin de reducir el crimen, sin dejar de lado los derechos humanos. Los objetivos del premio son promover el conocimiento de las causas del crimen a nivel individual y estructural; generar políticas públicas más eficaces y humanas para afrontar la delincuencia; buscar estrategias alternativas para la prevención del delito; colaborar con las víctimas del crimen e intentar reducir las prácticas ilegales o abusivas que acontecen en la administración de justicia.

El jurado está conformado por criminólogos internacionales independientes de Asia, Latinoamérica, Norteamérica, África, Australia y Europa, que eligen y nombran a los galardonados entre las nominaciones presentadas. Luego se realiza un proceso de selección.

Así, el 4 de febrero de 2009, la Universidad de Pennsylvania, en Philadelphia, anunció que el Premio Estocolmo de Criminología 2009 sería para Raúl Zaffaroni, por Argentina y para John Hagan, por Estados Unidos, ambos por investigaciones sobre genocidio.

El presidente del jurado, Jerzy Sarnecki, catedrático de Criminología de la Universidad de Estocolmo, destacó que “es hora de alzar la mirada y otorgar nuestro reconocimiento a los criminólogos que se dedican a los crímenes contra la Humanidad”. Y agregó: “...tradicionalmente, la criminología se ha centrado en otro tipo de delitos, tales como los hurtos y robos cometidos por individuos de pocos recursos. Ha llegado el momento de reconocer las investigaciones en torno a delitos perpetrados por las personas que detentan el poder.”

Precisamente, Raúl Zaffaroni centró su estudio en las causas subyacentes de los genocidios y el modo de impedir que se repitan. Su trabajo se basa en el análisis de acontecimientos históricos y actua-

les como, por ejemplo, la dictadura que azotó a la Argentina en la década del '70, el Holocausto, la esclavitud y la explotación de los pueblos originarios por parte de los conquistadores. El autor utiliza las teorías criminológicas para demostrar cómo los Estados neutralizan sus propios crímenes; a la vez que critica a la justicia internacional por no evitar los genocidios.

Y es justamente sobre esto, el genocidio, donde suma actualmente a su análisis un bastión más sobre el cual trabajar, advirtiéndonos claramente cómo el Estado, mientras castiga a través del código penal los homicidios, deja de lado los crímenes más aberrantes cometidos por él mismo. Demuestra así que la criminología, hasta hoy, no había estudiado este delito, refiriendo entonces que el gran desafío para la criminología en el siglo XXI es el crimen de Estado, por ser el que más vidas humanas sacrifica, más aún en tiempos en donde el terrorismo resulta ser la excusa más utilizada por el Estado para reprimir, torturar y matar gente.

Refiere el autor que el derecho penal internacional no alcanza para evitar los genocidios, por lo tanto, es necesario investigar criminológicamente las causas de los mismos para acercarse a su prevención.

Por su parte, John Hagan fue premiado por su investigación en relación a los genocidios de Darfur

y la península de los Balcanes. Su estudio mostró que las cifras oficiales están muy por debajo de la realidad, donde alcanza entre 200.000 y 400.000 asesinatos.

La entrega de premios fue realizada el martes 23 de junio de 2009 en el Ayuntamiento de Estocolmo - City Hall -, en ocasión del Simposio de Criminología de Estocolmo y donde los premiados dieron una conferencia.

El Dr. Raúl Zaffaroni es un penalista y criminólogo reconocido no sólo en Latinoamérica, sino también en Europa. Dedicó su premio a su querido amigo, recientemente fallecido, el holandés Louk Hulsman, estando presente en el acto la viuda del profesor.

Para resaltar que el Dr. Raúl Zaffaroni es un ser humano excepcional - no sólo por lo prolífico de sus obras y sus puntos de vista siempre apegados a los derechos humanos, al bien común y a la justicia, sino también por su marcada humanidad -, es que agradecemos su generosidad al entregarnos el presente material para su publicación.

Carrera de Derecho de la
Universidad Popular Madres de Plaza de Mayo

***Eugenio Raúl Zaffaroni**

El Dr. Zaffaroni es el tratadista de Derecho Penal más citado y estudiado de América Latina, sus obras fueron publicadas en diversos países y traducidas al italiano, portugués, inglés, francés y alemán. Actualmente es profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires y Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Se graduó de abogado y escribano en la Universidad de Buenos Aires (1962) y es Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral (1964). Se desempeñó en la judicatura durante dos décadas, iniciando su camino como Juez de Cámara en Villa Mercedes (San Luis) y retirándose como Juez de la Cámara Criminal de la Capital Federal. En 1973 fue designado Procurador General de Justicia de la Provincia de San Luis. Con posterioridad fue Director General del Instituto Latinoamericano de Prevención del Delito de las Naciones Unidas (ILANUD, San José, Costa Rica). Fue electo Diputado Constituyente Nacional en 1994 y de la Ciudad de Buenos Aires en 1996 (presidente de la Comisión de redacción de la Constituyente). Diputado de la Ciudad de Buenos Aires en 1997, y posteriormente, Interventor del Instituto Nacional de

Lucha contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI).

Doctor honoris causa de una treintena de prestigiosas Universidades de América Latina y Europa, entre las cuales están la Universidad de Castilla La Mancha, la Università degli Studi di Macerata, la Universidad de Udine, la Universidad Nacional de Cajamarca, la Universidad del Estado de Río de Janeiro, la Universidad Autónoma de Santo Domingo, la Universidad de la República de Uruguay, la Universidad Nacional de Córdoba, la Universidad Nacional de Rosario, la Universidad Nacional de San Luis, la Universidad de Morón, la Universidad para la Cooperación Internacional de San José de Costa Rica, el Instituto Nacional de Ciencias Penales de México. Entre los diversos premios y condecoraciones recibidas, se destacan el Premio Estocolmo de Criminología 2009 recibido en la capital sueca junto a John Hagan, la Orden del Mérito del gobierno alemán, la Orden de la Estrella de la Solidaridad Italiana y el Premio 'Silvia Sandano' recibido en el Campidoglio de Roma en 2010. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal y de la Società Internazionale de Defense Sociale. Miembro del Panel de Juristas Eminentes de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra).

Prólogo y reflexiones sobre el ensayo de Eugenio Raúl Zaffaroni

Por Eduardo S. Barcesat*

1: Siempre se dice, y ésta será una más, que prologar un trabajo del calado intelectual y de la enjundia que nos ha sido encomendado por la Asociación Madres de Plaza de Mayo configura un honor (merecido o inmerecido). Pero nunca más acertado el enunciado; es, efectivamente, una tarea de privilegio el prologar este ensayo del académico impar, Eugenio R. Zaffaroni, que le ha valido una distinción internacional y que jalona una tarea de compromiso sostenido con el humanismo militante y el saber de los juristas.-

2: Zaffaroni se interroga sobre los crímenes contra la humanidad y el papel que debe cumplir el discurso penal y la criminología, para prevenir estos delitos atroces y aberrantes.-

El ensayo trasciende el discurso - llamémoslo 'normal' - de la ciencia penal y la criminología para abordar el complejo tema desde una tónica que involucra el entrecruzamiento de dichos saberes con los abordajes del psicoanálisis y la etnología en los que Zaffaroni se mueve con la misma fluidez que

en el discurso jurídico. Éste es, realmente, un ensayo interdisciplinario que pone en práctica la tan anunciada multilateralidad de los estudios en materia social. Enhorabuena, más allá de que no existan certezas ni resoluciones testeadas. En su caso, ya que lo social es demasiado complejo como para proponer metodologías de resoluciones veritativas.-

3: Un prólogo - así lo he entendido siempre -, no debe proponerse una 'síntesis' de la obra que se prologa; mucho menos, intentar sustituir su lectura. Lo más fructífero que puede pedirse de un prólogo, es que sea una incitación al examen de la obra y que exprese las reflexiones que le ha suscitado al prologuista. Sólo en ese marco guarda sentido cuanto subsigue.-

4: La tesis central, que comparto en su totalidad, es que los principales crímenes se cometen desde la estructura del aparato estatal y que esa criminalidad amenaza con agigantarse desde una organización hegemónica que comprenda y someta a la universalidad de los aparatos estatales. Como expresa Zaffaroni, ***los crímenes de masa son cometidos por un poder punitivo descontrolado, o sea, que las propias agencias del poder punitivo cometen los crímenes más graves cuando operan sin contención.*** Agregando: ***Es verdad que muchos de estos crímenes se imputan a fuerzas militares, pero también es cierto que, fuera de los casos en que son auténticos crímenes***

de guerra, estas fuerzas los han cometido operando funciones materialmente policiales y no bélicas.-

5: La singular complejidad del tema es que existe un movimiento, loable, que propicia la configuración del ciudadano universal, lo que implica, igualmente, la jurisdicción universal para una tutela de los derechos humanos que trasciende el marco de la soberanía territorial dispuesta por el nacimiento y consolidación del sistema capitalista y su manifestación político-institucional: el Estado/Nación.-

Esa nueva personalidad jurídica, la del ciudadano universal, titular de derechos que no pueden ser desconocidos o violentados impunemente, configura un avance de la construcción social y de sus saberes, y genera un nuevo humanismo o subjetividad superadora de la modernidad. Pero, sobre la otra mano, esa misma universalización puede implicar - y de hecho así se da - la generación de un poder hegemónico que trasciende los límites del Estado/Nación, dando nacimiento a un gendarme internacional que se arroga y ejerce la atribución de nominar y constituir al enemigo, lo que conforma el riesgo cierto de un derecho penal de (y para) el enemigo, instituyendo, así se pretende, una nueva 'racionalidad' del ejercicio del poder y cuya potencia máxima es la de definir quiénes son los enemigos, contra los que se volcará toda la fuerza o violencia,

lo que deja una sola opción, tal como la proclamara el ex presidente George W. Bush: "...o se está con nosotros o contra nosotros..."

6: El tramo más denso de la obra de Zaffaroni es el que aborda la 'necesidad' del poder de configurar y reprimir al 'enemigo'. Esa necesidad de constituir al enemigo está en los orígenes de la sociedad y alcanza su expresión más desarrollada en el Estado capitalista. La violencia social que administra el nascente Estado/Nación y que ejerce a través de un creciente monopolio del aparato de fuerza, necesita de la construcción de un enemigo sobre el que se ejerza la violencia estatal; primero, por la propia configuración del grupo en tanto enemigo; más luego, por el ejercicio de la represión estatal, 'legitimada' como derecho penal de (y para) el enemigo.-

¿Cuál es la génesis de esta trama social macabra?

¿Es que el Estado/Nación, como requisito de su existencia y de la reproducción ampliada de sus prácticas necesita, inexorablemente, de este derecho penal represivo?

Ocurre, como siempre en lo social, que así como tenemos herramientas intelectuales para examinar críticamente el pasado, ese mismo herramental se exhibe inútil para interpretar el presente. Así, se abomina de la sociedad esclavista y feudal, como sociedades dicotómicas, acuñadas en derechos des-

iguales según sea el sector social al que se dirigen. El surgimiento del Estado/Nación capitalista presupone una universalidad de sujetos interpelados como seres libres, iguales y fraternos; pero esos postulados, con su profundo idealismo, sirven en definitiva para generar ideologías que satisfacen los requerimientos del capitalismo en su producción y reproducción ampliada del modelo social, operando una 'opacidad', 'encubrimiento' o 'complicidad' de esas ideologías dominantes para dar cuenta de la desigualdad y explotación generadas por el modelo, así como de la violencia sistémica que produce y re-alimenta.-

Como bien señala Zaffaroni, la ciencia penal y criminológica no tiene instrumentos conceptuales para dar cuenta de los crímenes masivos que se generan y cometen desde el dominio del aparato de Estado. Su conceptualización está limitada a dar cuenta de la producción delictiva de los particulares contra las reglas establecidas (positivismo penal) por el Estado.-

Es que el poder social siempre se ejerce respecto del 'otro'. La injusticiabilidad del poder es un signo mismo de la naturaleza del poder y conserva su cuño monárquico y papal: "...el Rey, o el Papa, no pueden equivocarse..." Como enfáticamente sostuviera Morrison, abogado defensor del último de los Capetos (Luis XVI), "...un Rey debe reinar o morir, pero nunca ser juzgado..."

Y es aquí donde Zaffaroni aborda las intersecciones del discurso del psicoanálisis y la etnología con el estrecho y dogmático saber de los juristas.-

7: Dice Zaffaroni: *nos desplazamos hacia un terreno mucho más complejo, donde las respuestas idealistas del penalismo tradicional no alcanzan y la criminología omite, y donde el narcisismo - que nos ha entrenado para responder a los más variados conflictos con el poder punitivo - debe recoger su vistoso velamen, porque de lo contrario naufraga en la tempestad.* Para agregar: *debemos explorar un paraje de profundidades a las que no estamos habituados en la doctrina penal y en la criminología.-*

Desde que existe registro en la historia social, todos los males provienen del 'otro'. Aún las calamidades y enfermedades provienen de un ser extraño y extranjero, que perturba, contagia, al bueno, al 'ser nacional'. Entonces, la 'emergencia' para el combate y aniquilamiento del enemigo que atenta contra el 'ser nacional', esa nebulosa que como forma alienada de la asimilación de lo que es múltiple y diferente en la sociedad, recaba de una postura de sometimiento, para que se iguale con 'uno'; y si no se acepta el sometimiento, pues entonces la represión y el exterminio.-

Zaffaroni advierte que un tramo del poder social exacerbado es precisamente el de configurar, nominar, al enemigo: el grupo que debe ser sometido o

aniquilado. No es que exista un dato natural configurante de la diversidad; la diversidad se genera desde la represión, que tiene su tramo o dominio semántico. Lo hemos padecido en nuestra reciente historia institucional. La dictadura militar se atribuyó la potestad de nominar como 'subversivos', 'terroristas', o sus expresiones compuestas: 'delincuentes subversivos', 'delincuentes terroristas', a quienes, en muchos casos, no tenían vínculos de identidad social entre sí; una ideología de descalificación y estigmatización para todo lo diferente que aparejó el riesgo cierto para los bienes jurídicos de la vida, la libertad y la integridad física y psíquica del ser humano de todos aquellos que fueron atrapados en la telaraña semántica del represor.-

La amoralidad de esta tesis - sostiene nuestro autor - *es tal que no necesita calificar naturalísticamente al enemigo; éste no está señalado por nada, simplemente es quien el político elige como tal. El único Estado fuerte sería el delirante y, por ende, absoluto. Porque -como todo delirio - no admite corrección.-*

Es un desafío - si no un riesgo conceptual -, el trasladar los saberes del psicoanálisis sobre los individuos a la sociedad y al Estado; pero es un riesgo que debe ser asumido si queremos descender a una explicación profunda de esta conducta psicótica que genera el poder o el ansia de poder.-

Enrique E. Mari (“Racionalidad e Imaginario Social en el Discurso del Orden”), ya había trazado la intersección entre las categorías del discurso jurídico y las técnicas de manipuleo del psiquismo humano; ese imaginario social que debe abordarse desde el discurso psicoanalítico, en el que se examinan las formidables potencias que subyacen al ansia ilimitada de poder. Nos dice: *nadie como Albert Camus supo expresar con más penetración y belleza formal esta tendencia insaciable del poder a perpetuarse y trascender sus límites, en una obra que no es un ensayo político sino una pieza de teatro. En la escena XII de Calígula, el emperador, desasogado, fatigado, enfermo en el alma por buscar la libertad más allá de toda frontera, es aconsejado por Cesonia de dormir, de dejarse llevar por el sueño, de despreocuparse pues dispone del poder para amar lo que puede ser amado, y luego de la fatiga habrá de llegar el momento en que la mano vuelva a ser firme. Calígula, le contesta: “... ¿qué me importa una mano firme, de qué me sirve este asombroso poder si no puedo cambiar el orden de las cosas, si no puedo hacer que el sol se ponga por el este, que el sufrimiento decrezca, y que los que nacen no mueran? No, Cesonia, es indiferente dormir o permanecer despierto si no tengo influencia sobre el orden de este mundo.”*

8: También Zaffaroni se interroga *por qué un grupo humano procura semejante acumulación*

hasta llegar al poder absoluto; y cuál es la razón de la formidable eficacia política de este recurso que se reitera sin desgastarse a lo largo de milenios pese a verificar que siempre acaba en un crimen masivo.-

La acumulación de bienes como expresión del poder que insufla el modelo comporta también la apropiación del saber para, nuevamente, incrementar la acumulación de bienes. Ese capitalismo acumulador sería la expresión de una neurosis civilizatoria que, al señalar como meta la acumulación de riqueza lleva a la negación del Eros, a la sublimación del cuerpo: la riqueza no es medio sino fin en sí mismo, con lo que avanza el triunfo del instinto de muerte (Tánatos).-

De allí la actualidad del pensamiento freudiano, al postular que una ciencia saludable no tendría por objeto el dominio de la naturaleza sino la unión con ésta.-

Es apropiado, sobre este particular, encomiar la lectura de los preámbulos de los nuevos textos constitucionales de Bolivia y Ecuador, en los que se destaca la necesidad de la preservación de la naturaleza y del concepto de ‘buen vivir’.-

9: Superando el límite de la concepción freudiana (Tótem y Tabú) - esto es, del *Urvater* como fundante, dado que la misma se agota en la explicación del

origen de la sociedad -, Zaffaroni examina la obra de René Girard (*La violencia y lo sagrado*), a modo de desprenderse del 'padre terrible' y examinar las identidades de las diferentes víctimas sacrificiales: ***detrás de la diferencia práctica y al mismo tiempo mítica, es necesario afirmar la no diferencia, la identidad positiva de la venganza, del sacrificio y de la penalidad judicial, justamente porque estos tres fenómenos siempre son los mismos que tienden, en caso de crisis, a recaer todos en la misma violencia indiferenciada.***

10: El crecimiento y el desarrollo incontrolado de la producción, con su consecuente insumo de recursos y riquezas, que insufla el modelo, al tiempo que la crecientemente desigual distribución de la riqueza da lugar a vastos sectores de exclusión y marginación social forzadas, amenaza con una hecatombe que tiene sus aristas sociales aunque no menos ecológicas. Al tiempo que se hace evidente el desequilibrio que la producción incontrolada ha infligido a la naturaleza, puede verse a los sectores dominantes, como con fino humor señala Zaffaroni, peleando por el mejor camarote del *Titanic*, en camino inexorable hacia su iceberg.-

11: ¿Podrán las ciencias penales y la criminología generar una contención respecto de los crímenes masivos?

Zaffaroni comienza por señalar que, ***cuando se aprecia la creación de un enemigo externo (por inferior) la violencia se canaliza siempre que las condiciones internas permitan capitalizar sus beneficios; de lo contrario, el homicidio masivo externo resulta inútil y hasta negativo.***

Nuestro autor encolumna en tres alternativas la política criminal: a) Deslegitimar la política dominante; b) Legitimarla y estimularla; c) Tratar de llegar a un compromiso con ella. Descarta la segunda variable, por su amoralidad política y acreditarse como un camino prohibido. La tercera alternativa es, lamentablemente, la mayoritaria y la que en los países de América Latina tiene su instrumento preferido en la prisión preventiva o cautelar.-

La primer alternativa, esto es, la de deslegitimar la política dominante, es la que propone Zaffaroni, a conciencia de sus límites, pero mucho más de su necesidad; éste es el compromiso ético y cultural que debe abordar todo cientista social. Es que con el discurso se ejerce poder, cuestión que los dictadores supieron siempre, ***si el penalismo en masa le quitase el discurso, la incitación pública a la venganza quedaría reducida a lo que es: pura publicidad mediática, con las limitaciones que reconoce la publicidad de cualquier producto.***

Zaffaroni nos advierte sobre el renacimiento de la ideología de la seguridad nacional, ahora en plano mundial, y sitúa un compromiso del saber.-

Sin duda, un magnífico aporte para la comprensión de nuestro tiempo; un llamado al poder del saber para desmontar los crímenes masivos.-

* Profesor Titular Consulto en el Departamento de Teoría General y Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires. Director del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Popular Madres de Plaza de Mayo.

¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?

Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires

1. El poder punitivo siempre es selectivo. El homicidio masivo doloso cometido desde el poder estatal ha sido un fenómeno recurrente en el siglo pasado¹. La ley internacional se cruza con la penal en procura de su punición. El resultado es la habilitación de un ejercicio del poder punitivo que no puede perder su carácter selectivo estructural, lo que le acarrea críticas igualmente válidas para tal ejercicio en el plano interno². Algunas tristes parodias procesales contribuyen a desacreditar los esfuerzos jurídicos internacionales³.

Si bien el objetivo manifiesto procura una in-

.....

1 Ver: Ternon, Yves. *L'État criminel. Les Génocides au XXe. Siècle*. Paris, Le Seuil, 1995 [trad. esp.: *El estado criminal*. Barcelona, Península, 1995].

2 Prácticamente toda la criminología de la reacción social lo ha observado; por todos, Baratta, Alessandro. *Criminologia critica e critica del diritto penale*. Bologna, Il Mulino, 1982. [trad. esp.: *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México, Siglo XXI, 1986]

3 Es particularmente demostrativa la parodia judicial y la escandalosa ejecución de Sadam Hussein.

ciudadanía mundial⁴ garantizando la punición de quienes la lesionan brutalmente desde el poder de los estados⁵, son demasiado conocidos los riesgos distorsivos que acechan en ese difícil camino.

2. Por ello es criticado desde dos posiciones opuestas. Por ello, conviene distinguir –al menos- dos tendencias críticas: (a) Por un lado, las objeciones de quienes temen que la selectividad estructural del poder punitivo se manipule en favor de la hegemonía mundial de algunas potencias. (b) Por otro, quienes temen que se erija en obstáculo a la hegemonía de estas potencias supuestamente necesitadas de defenderse de sus *enemigos*⁶. En términos poco técnicos podría decirse que hay *críticas de izquierda y de derecha*, con algún eventual cruce argumental.

3. La gestación de la ciudadanía mundial no es lineal. Sin perjuicio de reconocer las disputas hegemónicas y sus riesgos, la idea de una ciudadanía

.....

4 Cfr. Ambos, Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005; p. 62.

5 Cfr. Werle, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; p. 81 y sgts.; Mettraux, Guénaél. *International Crimes and “ad hoc” Tribunals*. Oxford, Oxford University Press, 2005; p. 5 y sgts.; Huet, André / Koering-Joulin, Renée. *Droit pénal international*. París, PuF, 1994; p. 104 y sgts.

6 Ésta parece ser la política republicana de los Estados Unidos, negándose a ratificar cualquier tratado que limite sus intervenciones o el control de sus acciones.



1 Diluvio de Doré, 1860 + Junta militar (foto: Secretaría de Información Pública)

De la Serie Nunca Más 1. León Ferrari. Collage para los fascículos de *Nunca Más* editados por *Página 12*; 29,7x42 cm. (1995). FALFAA

mundial es loable⁷. Si bien es cierto que lo hecho reconoce serias falencias⁸, cabe observar que ninguna institución nació perfecta ni evolucionó del modo lineal y racional que preferimos los juristas, sino según avatares políticos⁹.

.....

7 El rechazo teórico más radical a esta idea es de Carl Schmitt, pues desde la perspectiva de su identificación de lo político con la paranoia del estado absoluto, importaría la abdicación de la soberanía (la renuncia a elegir arbitrariamente al enemigo). El pueblo que renuncie a ello - según Schmitt - desaparecerá por su debilidad (Schmitt, Carl. *Der Begriff des Politischen*, 1932; tr. esp.: *El concepto de lo político*. Madrid, Alianza, 2005; p. 82). Según esta tesis, la asunción del compromiso internacional que obligue a penar el terrorismo de estado, los asesinatos masivos y los crímenes de guerra, importa un signo de debilidad del estado que lo asume y anuncia su desaparición.

8 Sobre el difícil camino recorrido desde la Primera Guerra hasta hoy, entre muchos: La Rosa, Anne-Marie. *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve*. París, PuF, 2003; p. 11 y sgts.

9 Basta pensar, por ejemplo, en el surgimiento y el avance de la representación democrática o en la consagración de los derechos fundamentales. Sobre las peripecias del voto en Gran Bretaña, generalmente citada como cuna de derechos políticos, puede verse Schama, Simon. *Auge y caída del Imperio Británico. 1776-2000*. Madrid, Crítica, 2002; las críticas al voto universal y secreto en la Argentina en las discriminatorias publicaciones del entonces senador nacional Benjamín Villafañe. *La ley suicida*. Buenos Aires, Imprenta Mercatali, 1936; y *Chusmocracia*. Buenos Aires, Imprenta Mercatali, 1937. Los derechos sociales se incorporaron al derecho constitucional en la Constitución Mexicana de 1917 o *Carta de Querétaro*, en medio de la peor guerra civil latinoamericana del siglo XX, y en la Constitución de Weimar, finalmente implosionada por el nazismo.

4. La punición internacional puede evitar una aplicación caótica del principio universal. Teniendo en cuenta lo anterior, no somos completamente apocalípticos y creemos que la internacionalización de la punición puede ser positiva en el plano práctico, en cuanto a la ordenación del principio universal según el cual cualquier estado puede juzgar a los autores de crímenes contra la humanidad si no se lo hizo conforme al principio de territorialidad. Si bien este principio es antiguo¹⁰, su aplicación moderna se complica y puede derivar en situaciones caóticas. Por ello, un tribunal internacional competente para estos casos sería una importante solución práctica.

5. El derecho penal no sabe cuál es el objeto de la pena. Pero además de lo señalado, esta punición puede ofrecer otra ventaja que, por otra parte, sería la que en definitiva le confiere legitimidad.

Para explicar este segundo aspecto positivo, es necesario adelantar que partimos de negar la validez a todas las llamadas *teorías positivas de la pena*, porque

.....

10 Está reconocido por la Constitución argentina desde 1853 (art. 102, actual artículo 118), lo consagran especialmente tratados muy antiguos, como el de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889. Sus antecedentes se remontan a los Estados Unidos a fines del siglo XVIII. Puede verse una referencia doctrinaria en el famoso *Derecho de Gentes*, de Vattel (de Vattel, Emer. *O Direito das Gentes*. Universidade de Brasília, 2004, párrafos 232-233, p. 155-6).

cada una de ellas responde a una intuición primaria con la que al teórico *se le revela el fin, sentido, objeto o esencia de la pena* y desde ese *Pentecostés jurídico* deduce toda la teoría del derecho penal¹¹. Por ello, las teorías positivas de la pena separan cuidadosamente el *ser* del *deber ser*¹², porque la ciencia social demuestra que la pena en el mundo -en la realidad- nunca *es* como los teóricos afirman que *debe ser*.

Si bien es verdad que el *ser no determina el deber ser*, no es posible negar que *lo limita*, porque un *deber ser que no pueda llegar a ser*, lejos de ser expresión de un valor jurídico, es un disparate. Y lo cierto es que la pena en la gran mayoría de los casos no puede llegar a ser lo que cualquiera de las teorías pretende que *debe ser*, por lo que hoy se tiende a abandonar el *preventivismo* para volver a una simple reafirmación hegeliana de la vigencia de la norma¹³. En síntesis, es verificable

.....

11 “El punto de partida de todos los sistemas idealistas es la intuición inmediata de lo absoluto e incondicionado” (cfr. de Rivacoba y Rivacoba, Manuel. *Krausismo y Derecho*. Santa Fe, Castellví, 1963; p. 29)

12 Se procede mediante asignación del primero a una ciencia ‘natural’ y del segundo a una ‘cultural’, conforme a las premisas filosóficas neokantianas: Rickert, H. *Ciencia cultural y ciencia natural*. Madrid, Espasa Calpe, 1965.

13 Así, Jakobs, G. *Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 1999 [tr. esp.: *Sociedad, norma y persona en una teoría del Derecho penal funcional*. Universidad Externado de Colombia, 1996.]

que el saber penal ‘sabe poco’ acerca de la función de la pena y se vale de múltiples construcciones idealistas con base intuicionista.

6. Los homicidios masivos los comete el poder punitivo. Fuera de toda duda, también es verificable que cuando el poder punitivo del estado se descontrola, desaparece el estado de derecho y su lugar lo ocupa el de policía¹⁴. Además, *los crímenes de masa son cometidos por este mismo poder punitivo descontrolado*, o sea, *que las propias agencias del poder punitivo cometen los crímenes más graves cuando operan sin contención*¹⁵.

.....

14 El modelo inquisitorial, en que todas las funciones procesales se concentran en el ‘tribunal’, porque éste no es imparcial sino que siempre opera para ‘el bien’, hace que éstos dejen de ser jueces y pasen a ser policías. En un sentido moderno los inquisidores no eran jueces, como tampoco lo eran los integrantes de los tribunales políticos ‘especiales’, como el *Volksgericht* nazi. Los tribunales de los estados absolutos siempre son tribunales policiales, órganos administrativos por su dependencia y parcialidad. Un estado de policía –sociológicamente hablando- es un estado en el que las agencias policiales operan sin limitaciones, sea la Gestapo, la KGB o el servicio de inteligencia de cualquier dictadura. En el mejor de los casos estos ‘tribunales’ serían meros controles internos de la administración. No eran propiamente jueces los que ejercían la magistratura en las dictaduras latinoamericanas, aunque los regímenes constitucionales se vieron forzados a reconocer el valor de sus sentencias por razones de elemental orden público.

15 Es verdad que muchos de estos crímenes se imputan a fuerzas militares, pero también es cierto que, fuera de los casos en que son auténticos crímenes de guerra, estas fuerzas los han cometido operando funciones materialmente policiales y no bélicas.

Por ende, la doctrina penal del estado de derecho bien puede dejar de legitimar la pena y admitir sinceramente que no sabe cuál es su función¹⁶, porque sabe que debe contener racionalmente la habilitación del poder punitivo en la medida de su contra-poder de control jurídico para preservar el estado de derecho y evitar los crímenes de masa¹⁷. El derecho penal sería en el momento político el equivalente del derecho humanitario en el momento bélico: ambos servirían para contener un *factum* en la medida de su limitado poder jurídico de contención¹⁸.

7. ¿Qué legitima al derecho penal internacional?

Si el poder punitivo internacionalizado se descon-

.....

16 En razón de ello, postulamos un derecho penal fundado en una teoría negativa o 'agnóstica' de la pena (Zaffaroni-Alagia-Slokar. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 35 y sgts.).

17 En la medida en que el poder jurídico planificado por el derecho penal contiene al poder punitivo, el estado de derecho funciona mejor; cuando éste cede espacio contentor, el estado de derecho se deteriora. *In extenso* en: Zaffaroni. *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*. Napoli, Scientifiche Italiane, 1994 (trad. de G. Seminara). Esto explica la fragilidad del estado de derecho y del derecho penal que le es propio, a la que hace referencia Wolfgang Naucke (*Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Baden-Baden, Nomos, 2000).

18 Cfr. n. trabajo: "La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria", en Gianformaggio, Letizia. *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino, 1993, p. 383 y sgts.

trolase, se convertiría en un instrumento hegemónico de una suerte de estado policial planetario, que pareciera ser lo que los críticos de izquierda quieren evitar y los de derecha provocar. Ante este riesgo, cabe preguntarse si el poder punitivo internacionalizado, dentro de límites menos irracionales, sería legitimado por alguna contribución positiva -incluso en limitada medida- a la evolución paulatina hacia una mejor convivencia internacional.

8. El criminal masivo pierde la paz. El crimen masivo tiene un contenido tan enorme que limita muchísimo el poder jurídico de contención del derecho penal. El criminal masivo impune queda sometido en la práctica a una *Friedlosigkeit* o pérdida de la paz, es excluido de la comunidad jurídica y cualquier daño que se le cause es prácticamente impune, porque el derecho penal se muestra incapaz de condenar a quien lo ejecute. Los teóricos no lo admiten, pero cuando ha sucedido¹⁹ los

.....

19 Puede objetarse que ha sucedido en pocos casos. Fuera de los supuestos de 'tiranicidio', es decir, cuando el criminal ha perdido el poder, en muchos casos no ha tenido lugar la ejecución vindicativa porque las propias víctimas o sus deudos optaron por las vías legales, pero debe observarse que lo hacen, precisamente, para no caer ellos en la negación de la condición de persona del criminal, lo que los colocaría en su mismo nivel ético y no sólo deslegitimaría la lucha por la punición legal, sino que terminarían volviendo 'sacros' a los criminales y ofreciéndose como candidatos a futuras víctimas sacrificales.

ejecutores han quedado impunes. Este dato del mundo real obedece a que el derecho penal se queda sin fuerza ética para contener, siendo poco importante que salga del paso inventando una inimputabilidad²⁰ o un estado bélico no concluido²¹. Estos pretextos ocultan una regresión civilizatoria pues, de hecho, se vuelve a la declaración de *hostis* romana²² que priva al sujeto de

.....

20 El joven armenio que ejecutó en Berlín a Talât, el directo responsable del genocidio armenio, fue absuelto por el tribunal alemán por inimputabilidad transitoria (cfr. Dacrian, Vahakn N. *The History of the Armenian Genocide. Ethnic Conflict from the Balkans to Anatolia to the Caucasus*. Oxford, Berghahn Books, 1997; p. 288-9; Flores, Marcello. *Il genocidio degli armeni*. Bologna, Il Mulino, 2006, p. 204 y sgts.; Chaliand, Gérard et TERNON, Yves. 1915, *le génocide des Arméniens*. París, Complexe, 2002, p. 135-137; también Shiragian, Arshavir. *Condannato a uccidere. Memorie di un patriota armeno*. Milano, Guerini e Associati, 2005.)

21 El caso de la ejecución de Mussolini se cerró con el argumento de que la república títere de Salò no había suscripto el armisticio y se trató de un acto de guerra. Lo cierto es que si la república títere existió alguna vez, ya no existía, pues sus gobernantes estaban huyendo a Suiza. La decisión de no proceder por esta razón del Procurador General de Milano, en apéndice a Gianfranco Bianchi. "Per quali ragioni fu soppresso Benito Mussolini", en *La Seconda Guerra Mondiale nella prospettiva storica a trent'anni dall'epilogo*. Como, 1977, p. 473 y sgts.

22 Sobre el "enemigo declarado" von Jhering, Rudolf. *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*. París, 1877, I, p. 228; Du Boys, Albert. *Histoire du Droit Criminel des Peuples Anciens*. París, 1845, p. 245; Agamben, Giorgio. *Estado de excepción*. Buenos Aires, Pre-textos, 2004; p. 146.



18 Nuncio Monseñor Calabresi con Galtieri (foto NA) + "La Dama del Aquelarre", de "Histoire de la Magie" de P. Christian, París 1870

De la Serie Nunca Más 18. León Ferrari. Collage para los fascículos de *Nunca Más* editados por Página 12; 29,7x42 cm. (1995). FALFAA

la condición de *persona*, de miembro de la comunidad humana, lo que sin duda es una versión extrema de *derecho penal del enemigo*²³.

9. El derecho penal internacional lo rescata como persona. El esfuerzo internacional para someter al criminal a un proceso se legitima porque lo rescata del estado de *hostis*, ratificando *que para el derecho sigue siendo persona, pese a la magnitud formidable del crimen cometido*.

Ésta es la *máxima contribución y la legitimación del derecho penal internacional*: evitaría un acto de barbarie degradante para las propias víctimas del crimen de masa y evitaría la caída en un derecho penal del enemigo; más aún, sería justamente lo contrario de este último, por evitar la vuelta al *hostis*, que es la situación de hecho en que se halla el criminal masivo impune²⁴.

.....

23 Dejar al criminal masivo impune librado a cualquier venganza privada es mucho peor que lo que propone la versión corriente del 'derecho penal del enemigo', que sólo propugna medidas de seguridad.

24 Contra lo afirmado por G. Jakobs, que pretende que el derecho penal internacional es derecho penal del enemigo (así en "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", en *HRRS*, marzo de 2004, trad. castellana en Jakobs-Cancio Meliá. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid, Civitas, 2003), éste tiene como mérito –principal y quizá único– precisamente el de rescatar al criminal masivo de una situación real de 'derecho penal del enemigo' elevada al extremo.

10. Pero el poder punitivo internacional no previene los homicidios masivos estatales. Con lo anterior, queda dicho que no aceptamos la supuesta función preventiva del poder punitivo internacional respecto de futuros crímenes masivos. Su legitimidad, siempre que se mantenga dentro de cauces limitados, radica en el restablecimiento de la personalidad del criminal, conforme al principio básico jushumanista de que *todo ser humano es persona*.

11. ¿Es posible prevenir los crímenes masivos? Pero si el poder punitivo internacional no previene los crímenes de masa, sino que el derecho penal debe acotarlo para que no se desvíe hacia una hegemonía planetaria reproductora del estado de policía (y se convierta él mismo en sujeto activo de crímenes de masa), es menester preguntarse si existe alguna vía de prevención de esos crímenes explorable por el derecho. Para ello es necesario escudriñar las raíces profundas de esos crímenes, con lo que llegamos al *Kernel* o núcleo del problema.

Nos desplazamos hacia un terreno mucho más complejo, donde las respuestas idealistas del penalismo tradicional no alcanzan y la criminología omite²⁵, y

.....

25 Es curioso que siendo los crímenes que mayor número de muertes han causado en el último siglo, haya un sospechoso silencio de la criminología a su respecto, muy bien destacado por Wayne Morrison. *Criminology, Civilisation and the New World Order*. Oxon-New York, Toutledge/Cavendish, 2006. V. la impresionante tabla con números de víctimas de p. 93-94.

donde el narcisismo -que nos ha entrenado para responder a los más variados conflictos con el poder punitivo²⁶- debe recoger su vistoso velamen, porque de lo contrario naufraga en la tempestad. Aunque el terreno sea sumamente dificultoso, debemos explorarlo, *sin pretensión de ninguna verdad conclusiva, pero con la más absoluta certeza acerca de la necesidad misma de transitarlo*. Debemos explorar un paraje de profundidades a las que no estamos habituados en la doctrina penal y en la criminología.

12. La venganza tiene formidable eficacia política. El poder punitivo -con su estructural selectividad-criminaliza a unas pocas personas y las usa para proyectarse como neutralizador de la maldad social que, al igual que la locura, aparecen como irracionales²⁷. Se presenta como el poder racional que encierra a la irracionalidad en prisiones y manicomios. Ataviado

.....

26 A tal punto resulta esto cierto, que el concepto de 'bien jurídico', desarrollado por el liberalismo penal como requisito de ofensividad o lesividad, sufre el efecto de una curiosa alquimia, pues de 'bien jurídico lesionado' pasa a ser 'bien jurídico tutelado', dando por cierto que la norma penal lo 'tutela', cuando nada verifica que en efecto logre ese objetivo: lo único verificable es que la norma penal prohíbe una conducta que lo afecte.

27 Al tratar este tema no puede obviarse la riqueza de las contribuciones de Michel Foucault, por ejemplo en *"Bisogna difendere la società"*. Milán, Feltrinelli, 1998 [tr. esp.: *Hay que defender la sociedad*. Madrid, Akal, 2003]

de este modo canaliza las pulsiones de venganza, lo que le proporciona una formidable eficacia política, verificada de nuevo en la actualidad cuando la comunicación masiva glorifica²⁸ al empresario moral²⁹ de la venganza para neutralizar los límites al poder punitivo (o sea, en pos del estado autoritario)³⁰. La eficacia política del discurso vindicativo no se explica por circunstancias coyunturales, pues se mantiene inalterada a lo largo de la historia del poder punitivo estatal e incluso *pre-estatal*.

13. El poder punitivo siempre tiende al homicidio masivo. Desde que en los siglos XI y XII el poder puni-

.....

28 Sobre el concepto de 'glorificación' y su actualidad a través de los medios masivos de comunicación, Agamben, Giorgio. *Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*. Neri Pozza, 2007.

29 El concepto de 'empresario moral' se remonta a Bronislaw Malinowski. *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Barcelona, Ariel, 1956.

30 Este éxito se verifica nuevamente con la actual corriente publicitaria vindicativa y el beneplácito de las poblaciones que reclaman mayores controles y más poder punitivo, satisfecho por políticos irresponsables y asustados que avanzan en un acelerado camino de destrucción del estado de derecho, mediante un renacimiento de las legislaciones penales autoritarias y totalitarias. Esta experiencia es casi planetaria, o sea, no exclusiva de ningún país o región, y es simultánea al fundamentalismo de mercado de fines del siglo pasado, causante de exclusión social y detención del desarrollo. Los líderes de ese fundamentalismo son hoy los principales impulsores de la publicidad vindicativa.

tivo reapareció en Europa, es constante su tendencia a descontrolarse con el pretexto de combatir enemigos que generan emergencias de inminente peligro para la humanidad³¹, y en casi todas ellas sus agentes han cometido crímenes masivos de esa índole³².

.....

31 Desde la reaparición del poder punitivo, la principal emergencia inventada cuando era necesario fortalecer el poder central de la iglesia, fue la herejía de cátaros y albigenses (Cfr. Mestre, Jesús. *Cathari. Problema religioso, pretexto político*. Barcelona, Península, 1995), y de inmediato la brujería, o sea la identificación del demonio como el enemigo que, como era inalcanzable, recaía sobre las mujeres que pactaban con él. Desde hace unos ocho siglos, las emergencias –y los enemigos– fueron cambiando en sucesión cada vez más rápida: la degeneración de la raza, la sífilis, el alcohol, la droga, el comunismo internacional y otros, hasta llegar al terrorismo en la actualidad. Cada uno de estos enemigos existía en la realidad y a veces constituían un peligro (las brujas eran perseguidas desde la época de los romanos, por lo menos), pero la emergencia lo erige en el único mal que justifica cualquier grado de represión. En el plano individual, casi siempre los delirios también tienen una mínima base real.

32 Aunque aquí nos ocupamos sólo de los homicidios masivos, no han sido los únicos crímenes contra la humanidad cometidos en las emergencias generadas por la creación de enemigos. Han sido chivos expiatorios también los minusválidos, los enfermos, los psiquiatrizados, los ciegos, los sordomudos, los homosexuales, los indios, víctimas -entre otras cosas- de muchas miles de esterilizaciones forzadas o clandestinas. Cabe mencionar al respecto las aberraciones cometidas en lucha contra la degeneración como enemigo de la raza; sobre ello, Black, Edwin. *War against the weak. Eugenics and America's campaign to create a master race*. New York, Dialog Press, 2003.

14. Los enemigos se construyen por agencias y los destruyen las disputas entre ellas. Al enemigo lo construye una agencia empresaria moral que hegemoniza el discurso punitivo y el poder criminal masivo, hasta que otra agencia se lo disputa, comenzando por negar la peligrosidad del enemigo, para construir otro, como el verdadero o nuevo peligro generador de otra emergencia³³.

Entre la hegemonía decadente de una agencia y el ascenso de la siguiente (en el momento de la crítica discursiva), se abre una brecha por la que avanza secularmente el discurso crítico del poder punitivo

.....

33 Esta dinámica opera desde los orígenes del actual poder punitivo. La Inquisición romana contra la brujería fue organizada por los dominicos y luego decayó. Casi todos los discursos legitimantes y los inquisidores fueron dominicos (v. la recopilación de Abbiati-Agnoletto-Lazzati. *La Stregoneria*. Milán, Mondadori, 1991). El manual que cierra y sintetiza la experiencia contra brujas es el *Malleus Maleficarum*, de 1487 (Krämer, H. / Sprenger, J. *Il martello delle streghe*. Marsilio, Reverdito, 1995). Cuando en el siglo XVI se reorganizó –sobre el modelo español– contra los reformados, fue puesto bajo el control de los jesuitas, quienes descalificaron el discurso de emergencia contra las brujas. Al respecto: Romeo, Giovanni. *Inquisitori, esorcisti e streghe, nell'Italia della Controriforma*. Firenze, Sansoni, 1990; Canosa, Romano. *Storia dell'Inquisizione Spagnola in Italia*. Sapere, 2000; del mismo, *Storia dell'Inquisizione in Italia dalla metà del cinquecento alla fine del settecento*. Sapere, 2000; Del Col, Andrea. *L'Inquisizione in Italia dal XII al XXI secolo*. Milán, Mondadori, 2006.

-el derecho penal de contención o reducción³⁴- y el consiguiente estado de derecho en el plano político. Suele llamarse al primero *derecho penal autoritario* y al segundo *derecho penal liberal*, aunque estas denominaciones corresponden a siglos muy posteriores al inicio de este movimiento pendular.

Pese a que el poder punitivo descontrolado renueva siempre la misma estructura discursiva³⁵, su contenido varía por entero según el enemigo elegido, aunque invariablemente reduce todo el derecho penal a coerción directa (derecho administrativo),

.....

34 El primer discurso crítico publicado en una obra especialmente dedicada a esta tarea (pues había sido precedido por otros jesuitas en obras teológicas generales) apareció en 1631 y fue el del jesuita Friedrich Spee (*Cautio criminales*. Salerno, Roma, 2004). Spee también fue uno de los mejores poetas alemanes de su tiempo; v. los trabajos compilados en *Friedrich von Spee. Dichter, Theologe und Kämpfer der Hexenprozesse, herausgegeben von Italo Michele Battafarano*. Luigi Reverdito Editore, 1988.

35 Los elementos estructurales del discurso inquisitorial reconocibles en los manuales del siglo XV y aun anteriores permanecen inalterados: severa punición a quien pone en duda la peligrosidad del enemigo y de la emergencia, inferioridad humana del enemigo, inmunidad de la agencia al mal, signos prejuiciosos del mal, lenguaje eufemístico a la hora de enunciar punición, exclusividad de la agencia en el reconocimiento del mal, etc. Estos elementos aparecen claramente en el *Malleus*, que es una obra tardía, publicada casi en el ocaso de la persecución de brujas, pero que resume la experiencia inquisitorial de dos siglos.

pues supuestamente se bate contra un proceso lesivo en curso³⁶.

El derecho penal de contención, por su parte, también tiene desde sus orígenes la misma estructura discursiva³⁷, sólo que -a diferencia del inquisitorial- sus contenidos no cambian, sino que aumentan y se perfeccionan con las sucesivas experiencias de crítica a las pulsiones absolutistas, al tiempo que toma prestados elementos del derecho

.....

36 Se quiebra la diferencia entre poder punitivo y coerción directa administrativa, toda violencia para desbaratar al enemigo se vuelve legítima por vía de necesidad o de legítima defensa. Éste es el discurso legitimante de la tortura propio de la ideología de la seguridad nacional en el sur de América hace treinta años y en el norte hoy: anulada la diferencia entre poder punitivo y coerción directa, resulta lo mismo torcerle el brazo a un sujeto o propinarle una bofetada para quitarle la llave con que desarmar una bomba atada a la cuna de un bebé, que organizar y planificar el sometimiento a dolor de un miembro de una banda para desbaratarla.

37 En la cit. obra fundacional de Spee pueden verse los elementos críticos al poder punitivo que tienen vigencia hasta el presente: indiferencia de la autoridad política ante los abusos de las agencias; corrupción y extorsiones por parte de éstas; desinformación de la población; abulia y reiteración de prejuicios por los teóricos; eufemismos encubridores para aplicar torturas; condena a inocentes; selectividad en razón de vulnerabilidad; interpretación aberrante de los signos de victimización; asignación de dotes especiales de resistencia a la víctima; reproducción del sistema, etc.

civil (la pena como pago de una culpa³⁸, el delito como violación de un contrato³⁹).

Cuando el poder punitivo se descontrola, el fenómeno que genera no se agota –ni mucho menos– en la teoría penal, sino que *pasa directamente a la teoría política*, porque surge el estado de policía, autoritario o totalitario, con tendencia al absolutismo⁴⁰.

15. La creación del enemigo tiene la forma de un delirio paranoico. Aunque no puede pasarse sin riesgos de la patología individual a fenómenos colectivos, la hipertrofia de un ente hasta erigirlo en enemigo y la ilusión de la emergencia son signos

.....

38 La palabra alemana ‘*Schuld*’ significa ‘culpa’ pero también ‘deuda’: ‘*Schuldrecht*’ es el derecho civil de las obligaciones. En castellano la palabra ‘deuda’ tenía también el sentido de ‘culpa’, que conservaba en la vieja versión del Padrenuestro: “perdónanos nuestras deudas”, decía.

39 Sobre este concepto y la libertad como valor de cambio, Pavarini, Máximo. *Introduzione a ... la Criminologia*. Firenze, Le Monnier, 1980; p. 19 y sgts.; también Melossi, Dario/ Pavarini, Máximo. *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*. Bologna, Il Mulino, 1979; p. 109.

40 Más que una relación entre el derecho penal y el constitucional, en el estado de derecho hay una dependencia recíproca, pues cuando el derecho constitucional no provee al penal de sus principios contentores, éste pierde su principal función, y cuando el derecho penal no cumple su función contentora el constitucional pierde vigencia.

que equivalen al delirio paranoico⁴¹. El estado moderno siempre presenta una *tendencia paranoide*⁴² que llega a la *psicosis paranoica* cuando proclama la emergencia, siendo entonces un estado loco que sufre un gravísimo error de significado⁴³. La idea base lo invade todo, es víctima e instrumento del miedo, pues cree que todos los males provienen del enemigo, fuente de la emergencia. Cuando el delirio remite, el estado recobra la razón y acumula experiencia contentora del delirio, cuyo resultado es el conjunto de garantías del derecho constitucional e internacional que va generando una cultura que progresivamente deviene regional y planetaria⁴⁴.

16. La paranoia ha llegado a ser teorizada positivamente como esencia de la política. La veri-

.....

41 Es común a casi toda la psiquiatría la afirmación de que la idea delirante consiste en un “juicio erróneo incorregible”, siendo el origen morboso lo que lo distingue de otros juicios erróneos (cfr. Reichardt, M. *Psiquiatría General y Especial*. Madrid, Gredos, 1958, p. 37). No es sencillo establecer en qué consiste el “origen morboso”. Por otra parte, se destaca que en la personalidad paranoica existe la tendencia a proyectar sobre los demás aquello que su yo no acepta (cfr. Seva Díaz, Antonio. *Psiquiatría Clínica*. Barcelona, Espaxs, 1979; p. 376).

42 Cfr. Hillman, James. *La vana fuga degli dei*. Milán, ADELPHI, 1991; p. 78.

43 Ibídem, p. 83.

44 Cfr. Häberle, Peter. *Europäische Rechtskultur*. Baden-Baden, Suhrkamp, 1997.

ficación histórica del collar de delirios que desde el siglo XII hasta el presente ha cobrado millones de víctimas cometiendo los peores crímenes, ha dado por resultado aberrante que una *tesis política amoral* postule la perenne necesidad de crear -o identificar- enemigos haciendo radicar en eso la esencia misma de la política y descalificando la cultura constitucional como mera *crítica de la política*⁴⁵. En síntesis, para esta tesis, la política sería el arte de construir el estado absoluto, y la crítica al estado absoluto y la cultura constitucional de ella resultante serían palabrero debilitante del poder estatal, que haría vulnerable y debilitaría al estado: las democracias serían estructuras débiles; el verdadero estado fuerte y consolidado sería el absoluto, único capaz de aniquilar a sus enemigos⁴⁶.

La amoralidad de esta tesis es tal que no necesita calificar *naturalísticamente* al enemigo; éste no está señalado por nada, simplemente es quien el político elige como tal⁴⁷. El único estado fuerte sería el deli-

.....

45 Nos referimos a las tesis de Schmitt, C. *Der Begriff des Politischen*, 1932.

46 Así, Schmitt, op. cit., Madrid, 2005, p. 82.

47 Schmitt ve en eso la esencia misma del poder soberano: "Soberano es quien decide sobre el estado de excepción", es decir, quien tiene el poder de elegir al enemigo (*Teología política*. Buenos Aires, Trotta, 2005, p. 23).

rante y, por ende, absoluto⁴⁸, porque -como todo delirio- no admite *corrección*⁴⁹.

17. Se trata de una tesis amoral que explota la psicosis. Por amoral⁵⁰ que sea esta teorización, lo cierto es que se funda en una verificación histórica secular: la recaída en el delirio estatal. Su amoralidad radica en que pretende la explotación política del delirio que, como lo concibe normal, no pregunta por sus causas ni por su naturaleza. Ningún psicótico se pregunta por la causa de su locura cuando -debido a su psicosis- no la reconoce o, lo que es peor, ningún psicópata lo hace aunque la reconozca, cuando decide explotarla políticamente.

18. Es un recurso político amoral pero ¿por qué se lo utiliza y cómo se explica su eficacia milenaria?

.....

48 Esto lo expone Schmitt más claramente en *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, 1938 [tr. esp.: *El Leviatán en la teoría de Thomas Hobbes*. México, UAM, 1997]

49 Característica de los delirios es que no son influibles por la experiencia y por las conclusiones irrefutables (cfr. Jaspers, Karl. *Psicopatología General*. Buenos Aires, Biblioteca nueva, 1963; p. 119.)

50 La minimización de la responsabilidad como partícipe intelectual del autor de esta tesis, tal vez haya sido sincera, porque no es posible demostrar que haya 'causado' nada, toda vez que se limitaba a legitimar lo que se estaba cometiendo, aunque no siempre en los hechos esto haya sido verdad. V. sus argumentos defensivos en la temprana posguerra en Carl Schmitt. *Risposte a Norimberga*, a cura di Helmut Quaritsch. Roma, Laterza, 2006.

¿Qué es lo que lleva al poder punitivo a descontrolarse y al estado a volverse absoluto, paranoico, a eliminar las limitaciones a su poder y aniquilar a una masa humana que él mismo arbitrariamente señala como enemiga? Por cierto, la individualización estatal de un enemigo canaliza malestar y venganza; es claro que poner todo el mal en cabeza de un grupo y postular su destrucción para hacerlo cesar es un fortísimo recurso político, tremendamente amoral, pero muy eficaz.

Dada su eficacia no faltan quienes lo perciben como simple *medio de acumulación de poder*, lo que no explica:

(a) Por qué un grupo humano procura semejante acumulación hasta llegar al poder absoluto;

(b) La razón de la formidable eficacia política de este recurso, que se reitera sin desgastarse a lo largo de milenios, pese a verificar que siempre acaba en un crimen masivo.

Estas dos preguntas son la clave para cualquier intento de prevención serio: el por qué de la *motivación* y de la *eficacia*. Entramos en terreno resbaladizo pero de tránsito inevitable y veremos que ambas cuestiones se hallan íntimamente ligadas.

19. ¿Qué motiva la búsqueda indefinida de poder? ¿El capitalismo? ¿La pulsión de muerte? Desde la psicología se ha criticado a la civilización dominante por



30 Hitler saluda al abad católico Schachtleitner y al primado evangélico Muller.
+ Jorge Videla saluda al cardenal Aramburu.

De la Serie Nunca Más 30. León Ferrari. Collage para los fascículos de *Nunca Más* editados por Página 12; 29,7x42 cm. (1995). FALFAA

su acumulación indefinida de riquezas, en cantidad tal que miles de vidas longevas no podrían consumir, se trata de una *patología civilizatoria*, detectada mediante correcciones a la teoría del último Freud⁵¹. Fue original en su momento la idea de la historia humana como la *historia de una neurosis*⁵² que obedecería a la incapacidad para incorporar la muerte, pues al separarla radicalmente de la vida provoca una ambivalencia irreductible. No se trata sólo de la búsqueda indefinida de bienes, sino de poder, lo que es válido también para la acumulación del saber como poder, pues la búsqueda de poder indefinido mediante la ciencia redunde en definitiva también, en acumulación de bienes. Con ello, la sociedad moderna presenta características morbosas no en cuanto al conocimiento en sí, sino con respecto a los esquemas que rigen la búsqueda del conocimiento, que tienen por meta la dominación de los objetos⁵³. Aunque esta crítica freudiana tiene medio siglo⁵⁴, es sumamente actual la conclusión de que una ciencia saludable no tendría por objeto el dominio de la naturaleza sino la unión con ésta⁵⁵.

.....

51 Nos referimos a las tesis de Freud sobre 'Eros' y 'Tánatos'.

52 Brown, Norman O. *La vita contro la morte. Il significato psicoanalitico della storia*. Milán, Bompiani, 1964; p. 262.

53 Brown (p. 267) recuerda que lo había señalado Freud; años después lo profundizará Foucault.

54 La edición original de *Life against Death* es de 1959.

55 Brown, op. cit., p. 268.

El capitalismo, estimulador de la acumulación indefinida, sería la expresión de esta neurosis civilizatoria, que al señalar como meta la acumulación de riqueza lleva a la negación del Eros, a la sublimación del cuerpo: la riqueza no es medio sino fin en sí mismo⁵⁶, con lo que avanza el triunfo del instinto de muerte.

20. La acumulación indefinida se apoya en el tiempo lineal, que soporta también la venganza.

Las referidas conclusiones no se apartan mucho de las señaladas desde otros marcos teóricos. Toda acumulación infinita de poder presupone un ámbito temporal también indefinido, que corresponde a la idea del tiempo lineal -en forma de flecha-

.....

56 En la pág. 339 reproduce el siguiente párrafo de Keynes: *Cuando la acumulación de riqueza ya no tenga una gran importancia social, habrá grandes cambios en el código moral. Podremos liberarnos de muchos principios pseudomorales que nos obsesionaron durante doscientos años, con lo que hemos elevado algunas de las calidades humanas más desagradables al lugar de las más altas virtudes. Podremos permitirnos la audacia de dar a la motivación del dinero su justo valor. El amor por el dinero en cuanto posesión, diferente del amor al dinero como medio para los goces y para la realidad de la vida, será reconocido como lo que es, una morbosidad en cierto sentido desagradable, una de esas tendencias semicriminales, semipatológicas, que con un estremecimiento se derivan a los especialistas en enfermedades mentales.* (Tomado de Keynes, John. *Essays in Persuasion*. New York, Harcourt, Brace & co., 1932; p. 369)

que supera la existencia individual y no retorna. Con razón se ha observado que sobre esa misma idea del tiempo se asienta la venganza: la venganza es siempre venganza contra el tiempo⁵⁷, porque no se puede hacer que lo que fue no haya sido. Por ende, la idea lineal del tiempo es presupuesto tanto de la acumulación indefinida de poder como de la venganza. Sin embargo, un presupuesto necesario no es explicación suficiente.

21. La ciencia que acumula poder es un saber señorial que no piensa. Se ha observado que *la ciencia no piensa* cuando sólo busca poder⁵⁸. En el saber para *dominar*, el ente interrogado es un *objeto* y el interrogador un *sujeto* que le *inquieta* para dominarlo más y mejor⁵⁹. La relación entre el interrogador y el interrogado en este saber de

.....

57 Nietzsche, Friedrich. "Also sprach Zarathustra, II. Von der Erlösung", en *Werke in vier Bänden*. Erlangen, Karl Müller Verlag, I, p. 409.

58 V. Heidegger, Martin. *Umanesimo e scienza nell'era atomica*. Brescia, La Scuola, 1984; *Ormai solo un Dio ci può salvare, Intervista con lo "Spiegel"*. Parma, Ugo Guanda, 1987.

59 Según Foucault, el interrogatorio (la *inquisitio*) como forma de acceso a la verdad procesal, que reemplazó a la lucha (*disputatio*) de la ordalía del combate o duelo, se extendió como modelo a todos los saberes y generó lo que aquí llamamos saber de *dominus* (Cfr. Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, Gedisa, 1980).

dominus es asimétrica, pues el interrogado siempre está en un plano inferior⁶⁰. Esto tiene doble efecto: (a) Por un lado, el interrogador no espera la respuesta con toda la entidad del ente interrogado (que es la única que el ente puede dar: el humano con su *humanidad*, la piedra con su *pietriedad*), sino sólo en la parte que le sirve *para poder*. Como no los puede digerir, los restos de las respuestas entitativas, se acumulan; el ente le *objeta* (se le lanza en contra) y lo *sujeta* (lo empuja hacia abajo)⁶¹. Esta acumulación de respuestas no digeribles lo termina *sujetando* y hace que la técnica pierda el control humano. (b) Además, cuando el ente interrogado es otro humano, la asimetría del saber señorial coloca al interrogador en un plano superior y, por ende, el saber de *dominus* es por esencia jerarquizante de seres humanos, lo que permite la racionalización de los crímenes de masa coloniales y de cualquier otra señalización arbitraria de enemigos, que siempre son consi-

.....

60 Es la posición que corresponde en este esquema al ente a ser dominado. La tesis de Foucault acerca de la extensión de la *inquisitio* como modelo científico puede no compartirse, pero lo cierto es que el cambio de paradigma científico es temporalmente próximo y la crueldad a que el saber somete al 'objeto' es altamente significativa.

61 Cabe observar que la etimología aquí resulta significativa: *ob*, *sub* y *yectar* dan una idea clara de la relación.

derados humanamente inferiores o subhumanos (*Untermenschen o Unmenschen*)⁶².

22. Pero los homicidios masivos son anteriores a esto y al propio estado. La observación de la neurosis civilizatoria tanto como la de la venganza y la acumulación señorial de saber, apoyadas todas en la venganza, si bien explican mucho en forma convincente, parecen quedarse en hechos del último milenio. Sin embargo, los homicidios masivos son muy anteriores y no se limitan a nuestra civilización dominante, moderna y premoderna. Los crímenes masivos que aparecen cubiertos con visiones religiosas, son tan antiguos como la religión y, al igual que ella son *preestatales* o cometidos por sociedades con organizaciones completamente diferentes a las modernas y muy distintas entre sí.

23. Tampoco sabemos cómo hacer cesar el peso de la venganza. Cuando hoy leemos a los abolicio-

.....

62 Por lo general, esto se identifica con el racismo, pero la jerarquización de humanos no se reduce al racismo ni siempre tiene origen o fundamento pseudobiológico. La discriminación de la mujer, de los viejos, de los homosexuales, de los enfermos mentales, no siempre está vinculada al racismo. La división en castas, por ejemplo, suele tener –como en la India– una racionalización supuestamente espiritualista: los buenos se van reencarnando en la casta superior.

nistas⁶³ sonreímos con la suficiencia de quien carece de respuesta, porque no hemos tocado el fondo de la pregunta. Sabemos que es imposible o poco menos lo que nos proponen, pero no sabemos por qué. Balbuceamos porque no nos animamos a buscar la respuesta. Canalizamos la violencia vindicativa en el sistema penal, pero enmudecemos cuando el poder punitivo rompe los diques de contención jurídica del derecho penal y estalla en homicidios de masa, cuyos autores son nada menos que aquellos a los que el discurso asigna la función de prevenirlos. Sabemos que esa violencia vindicativa es anterior al estado, que se origina vinculada a lo religioso, que por mucho que la modernidad la haya potenciado –y sin duda lo ha hecho– no la ha generado, pero no la podemos cancelar y no sabemos por qué. Sabemos que la búsqueda afanosa de poder ilimitado genera violencia homicida masiva, que el saber de *dominus* la potencia y amenaza la vida planetaria, que la explotación de la venganza destruye nuestra cultura jurídica y lleva al estado absoluto y al homicidio masivo, pero no podemos neutralizar su instigación ni pasar a una ciencia no morbosa o de

.....

63 Nos referimos –por ejemplo– a Hulsman, Louk / Bernat de Celis, Jacqueline. *Peines perdues. Le système pénal en question*. París, Centurión, 1982; Mathiesen, Thomas / Nils, Christie; u.a. *Abolicionismo penal* (trad. de M. Ciafardini y M.L. Bondanza). Buenos Aires, Ediar, 1989.

frater y no de *dominus*, no podemos pasar de la *inquisitio* asimétrica al *dialogus* simétrico⁶⁴.

24. ¿Será un determinismo biológico? Podría pensarse que la persistencia y antigüedad del fenómeno responde a razones biológicas, o sea, a algo no mutable de la biología humana, a una falla genética que la lleva a la violencia y a la autodestrucción.

Si bien esta tesis es inverificable, no puede negarse que subyace en Hobbes⁶⁵ y en muchos de quienes siguen su línea⁶⁶, quienes pudieron observar con indiferencia bastante amoral la muerte

.....
64 Sería la forma de saber que aprendiese a escuchar al ente en forma horizontal y simétrica. Este saber es el único que garantizaría la conservación de la vida planetaria. Por cierto que la dificultad para este *dialogus* fue agudizada por dos marcadas tendencias medievales respecto del animal: una separaba radicalmente al animal del humano, en tanto que otra lo humanizaba al punto de someterlo a proceso y pena, o sea, que ninguna de ambas le reconocía su condición (sobre esto, Pastoureaux, Michel. *Una historia simbólica de la Edad Media occidental*. Buenos Aires, Katz, 2006; p. 27 y sgts.).

65 Desde cierto ángulo –y no sin razón– se lo consideró un antecedente del positivismo (cfr. Copleston, Frederik. *Historia de la Filosofía*. Barcelona, Ariel, 1983; tomo V).

66 Así, Schmitt, C. *El Leviatán en la teoría de Thomas Hobbes*, op. cit.

masiva⁶⁷, porque se limitaba a un número considerable de personas. Pero desde hace tiempo se viene observando que el avance tecnológico –la ciencia que no piensa– habilita hoy la posibilidad de una catástrofe que afecte a toda la especie⁶⁸, y no ya mediante un conflicto bélico, sino que el propio sistema de producción que busca acumulación de bienes no se detiene ni siquiera ante la posibilidad de catástrofes de consecuencias enormes⁶⁹ con riesgo de aniquilamiento total. La perspectiva actual del homicidio masivo incluye la posibilidad de extinción de la vida del planeta; algún biólogo pensó incluso que los *cefalópodos* o moluscos del fondo del

.....
67 En la misma línea de determinismo biológico podría situarse toda la cosmovisión catastrofista de Herbert Spencer, que fue la que nutrió el racismo neocolonialista y la criminología y el derecho penal positivista, hasta desembocar en la legitimación del totalitarismo racista del nazismo (así, Grispigni, Filippo / Mezger, Edmundo. *La riforma penale nacionalsocialista*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1942).

68 Aunque el peligro actualmente se percibe desde otra fuente, se viene postulando un cambio profundo en la cultura desde que la energía nuclear anunció la posibilidad humana de autodestrucción; por ejemplo, Jaspers, Kart. *La bomba atómica y el futuro de la humanidad*. Buenos Aires, Compañía General Fabril, 1961; sobre estas advertencias: Hobsbawm, Eric J. *Il secolo breve. 1914-1991: l'era dei grandi cataclismo*. Roma, Rizzoli, 1997; p. 618 [tr. esp.: *Historia del siglo XX*. Barcelona, Crítica, 1995]

69 Cfr. Boff, Leonardo. *Do iceberg à Arca de Noé. O nascimento de uma ética planetária*. Rio de Janeiro, Garamond, 2002.

mar podrían reemplazar -después de unos cuantos millones de años de evolución- a los seres humanos⁷⁰.

La alegre, letal, amoral e irresponsable glorificación de la paranoia y la tesis de su inevitabilidad significan hoy -por decirlo claramente- la proximidad de homicidios masivos mucho mayores que los pasados y la cercana extinción de la especie. Cabe señalar que en los últimos tiempos son teólogos⁷¹ quienes se alejan de todo exclusivismo religioso y eclesiástico para llamar la atención sobre el peligro en procura de una coincidencia ecuménica básica de fraternidad de (y con) todo lo viviente⁷².

25. No existe prueba alguna de que la violencia y la venganza sean un fatalismo biológico. Lo cierto es que no existe prueba alguna de esta fatalidad biológica de la especie. Son muchas las conductas que históricamente se consideraron biológicamente condicionadas o *naturales*, cuando eran productos culturales, y con dema-

.....

70 Monod, cit. por Leonardo Boff, *op. cit.*, p. 80.

71 Boff, Leonardo. *Op. cit.*; del mismo, *Civilização Planetária, Desafios à sociedade e ao Cristianismo*. Rio de Janeiro, Sextante, 2003; Küng, Hans. *Religões do mundo. Em busca dos pontos comuns*. Campinas, 2004.

72 Desde cualquier perspectiva creacionista resulta contradictorio que un ser haya creado una especie inteligente condicionándola biológicamente a su autodestrucción.

siada frecuencia se pretendió que eran *naturales* instituciones o pautas culturales como recurso de poder. Si en algún momento se consideró *natural* la esclavitud o la superioridad e inferioridad de razas humanas -y no por autores faltos de inteligencia⁷³- no puede dejar de sospecharse que la fatalidad de la creación de enemigos y de los consiguientes crímenes masivos sean también un producto cultural *políticamente naturalizado*.

26. Si el proceso se pierde en la prehistoria es necesario apelar a la etnología. Lo único verificado es que desde tiempos inmemoriales se inventan enemigos que se sacrifican, que luego se inventa un nuevo enemigo y se produce un nuevo sacrificio, que es más claro y dramáticamente notorio a medida que la civilización moderna se planetariza y avanza la tecnología y cada nuevo sacrificio importa nuevos homicidios masivos, en forma de genocidio o de crímenes de guerra con *efectos colaterales* o bajo otros eufemismos⁷⁴.

.....

73 No se puede imputar falta de inteligencia a Aristóteles o a Tomás de Aquino. Véanse sin embargo, los esfuerzos que debió hacer el pensamiento para demostrar la aberración de la esclavitud; sobre ello, Davis, David Brion. *O problema da escravidão na cultura ocidental*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001.

74 El eufemismo siempre es una forma de lenguaje encubridor, propio de todo poder punitivo de modelo inquisitorial; Spee lo hacía notar cuando los inquisidores llamaban *confesión voluntaria* a la que prestaba la mujer después de haber sido colgada y descosyun-tada, y *no voluntaria* sólo cuando se aplicaban otras torturas.

No habiendo prueba alguna de que esto sea una predestinación biológica, cabe preguntarse por un origen profundo en la cultura. La más importante y genial intuición del siglo pasado al respecto parece haber sido la de Freud cuando en *Tótem y tabú* teorizó el origen mismo de la sociedad⁷⁵, con lo que colocó en la etnología el paraje cierto del problema. El *freudismo* miró con cierta desconfianza esta intuición y los defectos de verificación etnológica la debilitaban⁷⁶. Por otra parte, llevar la cuestión hasta la etnología siempre hace pensar que se va demasiado lejos.

La misma pregunta podemos hacernos en este momento: ¿no nos vamos demasiado lejos si pretendemos bucear en la etnología cuando tratamos de prevenir los homicidios masivos de la modernidad? La estrechez del discurso penal y criminológico a

.....

75 Freud, Sigmund. "Totem und Tabu, Einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker (1912-1913)", en *Kulturtheoretische Schriften*. Fischer Verlag, 1974; p. 287 y sgts. [tr. esp.: *Tótem y tabú*. Madrid, Alianza, 1981]

76 En la antropología fueron los culturalistas boasianos quienes en principio rechazaron en general las concepciones de Freud, pero incluso los investigadores que siguieron sus pasos, como el húngaro Géza Róheim, abandonaron la idea de la memoria filogenética del parricidio primordial, al igual que la posterior síntesis de Kardiner (sobre esto: Harris, Marvin. *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*. Madrid, Siglo XXI, 1983; p. 370 y sgts.)

que estamos habituados nos produce vértigo al asomarnos a esa profundidad, pero parece que no queda otro recurso cuando despejamos los datos anecdóticos coyunturales y observamos la incesante sucesión de enemigos, emergencias y violencia homicida masiva hasta donde nos alcanza la vista histórica y comprobamos que se pierde en la prehistoria y en la tragedia, vinculada allí siempre a lo religioso.

27. No podemos ilusionarnos creyendo que es nuevo un fenómeno que sólo presenta nuevos caracteres circunstanciales. Sólo la ilusión de que vivimos algo por entero nuevo alimenta la crítica de que nos remontamos hasta donde no es necesario, la que inconscientemente es estimulada por la dificultad de aventurarnos hasta la raíz etnológica del fenómeno, pero no podemos negar que si bien lo nuevo es importante en muchos sentidos, no altera la esencia del fenómeno. Lo novedoso es el ropaje discursivo, el mayor potencial técnico homicida, la comisión por quienes desde hace algunos siglos se han inventado como los formalmente encargados de evitarlos o penarlos, la aceleración en la producción de enemigos⁷⁷ y -lo más importante- que su

.....

77 Cabe observar que el diablo como enemigo perduró más de cuatro siglos, en tanto que los enemigos actuales pasan cada vez más rápido, en una sucesión cinematográfica cuya dinámica puede ser tan obvia que -es de esperar- conspire contra la credulidad pública.

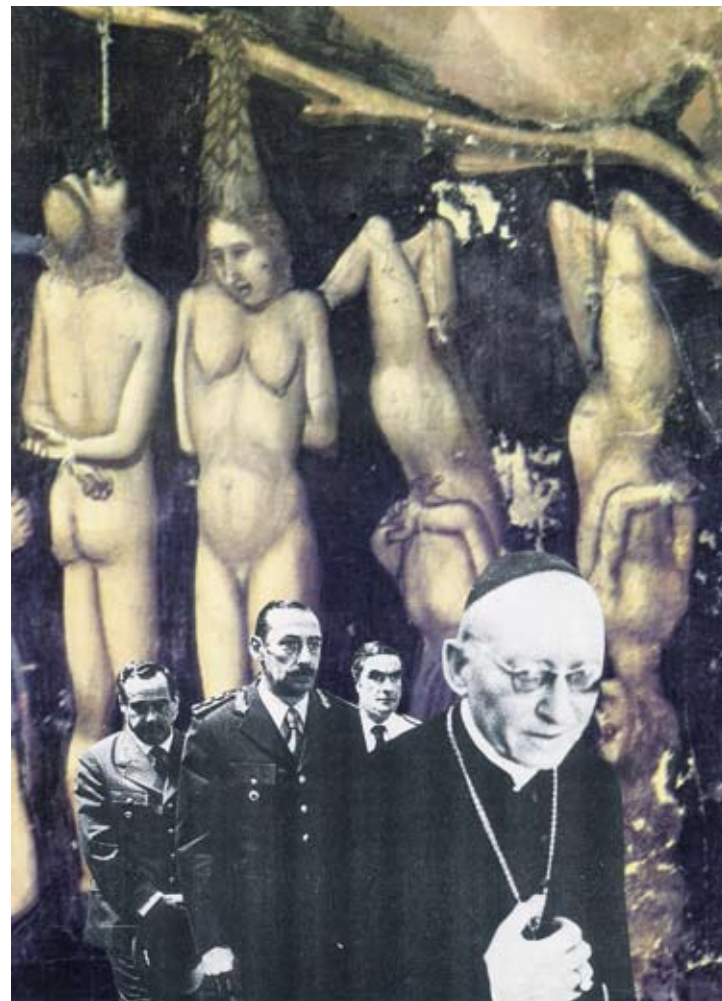
continuación indefinida permite vislumbrar la posibilidad de destrucción planetaria. Pero sabemos que con o sin esos datos *la estructura del proceso de creación del enemigo, de canalización del mal y de la venganza, para desembocar en el sacrificio*, es exactamente igual desde antes de la historia, donde aparece siempre vinculada a lo religioso, y nada hay que pruebe que eso es inmodificable por predestinación biológica. Para prevenir el fenómeno, no hay otro camino que asir su esencia y, para ello, debemos seguir a Freud hasta la etnología, o sea, más allá de la historia.

28. Desde el derecho penal y la criminología estamos muy limitados, pero debemos hacerlo. No podemos menos que observar la extrema limitación del discurso penal frente a esta urgente necesidad⁷⁸, como tampoco la estrechez de la criminología que prácticamente omite el tratamiento de los crímenes masivos⁷⁹ y, por ende, lo poco entrenados que estamos para llegar hasta donde debemos. No obstante, es imposible eludir esa responsabilidad si deseamos

.....

78 No disponemos más que de construcciones jurídicas basadas en los intuicionismos sobre la función de la pena y, por ende, de juicios político criminales por lo general axiomáticos.

79 Apenas en los últimos años se han publicado investigaciones interdisciplinarias, como Raffin, Marcelo. *La experiencia del horror*. Buenos Aires, del Puerto, 2006.



21 Videla, Massera y Agosti con Monseñor Tortolo, Vicario de las FFAA (foto A. Kacero) + "Juicio Final" del Giotto, *Capella degli Scrovegni*, Pádua 1306.

De la Serie Nunca Más 21. León Ferrari. Collage para los fascículos de *Nunca Más* editados por Página 12; 29,7x42 cm. (1995). FALFAA

aportar algo a la prevención de hechos cuya gravedad implica una situación límite irreversible para todos los seres humanos⁸⁰.

29. La explicación freudiana es insuficiente, porque no se trata de un hecho del pasado, sino que se reitera. Si bien cabe seguir a Freud hasta el paraje de la etnología, hoy no parece adecuado moverse allí siguiendo sus pasos. Poco nos explica su hipótesis acerca de homicidio del *Urvater* como fundante⁸¹, porque su explicación es estática, el sacrificio se produce de una vez para siempre y deja fundada la sociedad⁸². Por ello, creemos que en el campo de la etnología son las investigaciones de René Girard⁸³, que nos aportan una explicación dinámica, las que nos pueden orientar muchísimo en el camino hacia lo que estamos buscando, en la medida en que pro-

.....

80 Además, largamente hemos alimentado el discurso sosteniendo la disposición de nuestro saber penal y criminológico a la apertura hacia otras disciplinas, usando expresiones tales como *interdisciplinariedad*, *transdisciplinariedad*, etc.; es llegado el momento de demostrarla.

81 V. Freud, *op. cit.*; p. 426 y sgts.

82 Cfr. Girard, René. *La violencia e il sacro*. Milano, ADELPHI, 2005; p. 280 [tr. esp.: *La violencia y lo sagrado*. Barcelona, Anagrama, 2005]

83 Además de la *op. cit.*; *Des choses cachées depuis la fondation du monde*. Paris, Grasset, 1978. (*Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*. Milano, ADELPHI, 2005)

pone la superación de la hipótesis freudiana, desprendiéndose del *padre terrible*, de la identidad de la víctima del sacrificio, destacando que lo importante no es esa identidad, sino la idoneidad de ésta para la función canalizadora de la venganza que se le asigna y que realmente cumple⁸⁴.

30. Las víctimas sacrificales son muy variadas, aunque no puede ser cualquiera. Así pues, Girard destaca que esa función se asigna a muy diferentes víctimas sacrificales, que son tales por su idoneidad canalizadora en las diferentes sociedades, sin que ese papel lo determine una previa *identificación óptica*. Cabe señalar que a fines del siglo XIX la criminología pretendió la *identificación óptica* de la víctima sacrificial⁸⁵ –del enemigo– pero en el siglo XX la teoría política, con mayor penetración, reconoció que la identificación era puramente política⁸⁶, aunque no precisó los límites del poder político de identificación, porque *si bien no hay una identificación óptica, existe un límite óptico para ese poder, que lo ponen las condiciones concretas de cada sociedad*.

.....

84 Cfr. Girard; *La violencia*, *op. cit.*; p. 294.

85 Así, Lombroso, Cesare. *L'uomo delinquente*. Torino, Fratelli Rocca, 1884; más groseramente y refiriéndose expresamente al 'enemigo', Garófalo, Rafael. *Criminología*. Torino, 1891; p. 59.

86 Así, Schmitt, C. en *Politische Theologie*. *Op. cit.*

Víctima expiatoria no puede ser cualquiera, sino sólo aquélla que es extraña pero no del todo diferente⁸⁷ y que por eso puede encarnar el mal de toda la sociedad, la violencia de todos sus integrantes, sin importar si es culpable o inocente⁸⁸. En definitiva, la culpabilidad o la inocencia de la víctima expiatoria no decide su capacidad de canalización de la venganza: el primitivo no se preocupa por la culpabilidad, porque teme que apelando a ella alimente la violencia, por eso se ocupa sólo de la idoneidad canalizadora de la víctima⁸⁹. Aunque para nosotros esto es un signo de inferioridad cultural y la subestimación del elemento subjetivo de la infracción pertenece a un derecho penal salvaje, algo parecido recomienda la teoría política que estimula la paranoia absolutista del estado, pero porque quiere tener las manos libres para canalizar o estimular más y mejor la venganza. De cualquier manera, todos creerán verificada la culpabilidad de la víctima cuando después de matarla vuelva la paz y el orden⁹⁰.

.....

87 Este requisito se cumple incluso en caso de que el desplazamiento sea sobre animales, que deben antes ser domesticados y compartir la vida de la sociedad (cfr. Girard, *Delle cose*; op. cit., p. 93).

88 Cfr. Girard, *La violencia*; op. cit.; p. 17

89 Así, Girard, *La violencia*; op. cit.; p. 40.

90 Cfr. Girard, *Delle cose*; op. cit.; p. 72.

31. La víctima se vuelve milagrosa. La lucha por los mismos objetos genera tensiones que llevan a la violencia colectiva que destruye la convivencia: se vierte sangre que reclama más sangre -venganza- en una escalada (*violencia esencial*) que sólo cesa cuando se canaliza en la víctima expiatoria, cuyo sacrificio resulta milagroso, pues hace cesar de inmediato la violencia destructora. Esto provoca una inversión en la valoración de la víctima que de encarnación del mal pasa a ser agente del bien. De allí que el culto a la víctima se perpetúe ritualmente y devenga sagrado. A eso corresponde la íntima relación entre el círculo de la venganza -la identificación de los enemigos- y lo religioso⁹¹.

32. El sistema penal cumple la función de canalizar venganza. El sistema penal judicial de las sociedades modernas intenta canalizar racionalmente la venganza, que pasa de venganza privada

.....

91 Cabe pensar que no siempre se completa el círculo cuando se reitera la experiencia originaria, pues tampoco siempre la víctima tiene las condiciones para volverse sagrada; no obstante, la experiencia indica que son muchos los casos en que esto ocurre, como lo prueban las múltiples santificaciones de delinquentes -en general ataviados con condiciones de Robin Hood- que hacen 'milagros' en América Latina.

a venganza pública⁹². En tanto que lo religioso trata de evitar la venganza o de desviarla sobre un objeto secundario, el sistema penal pretende racionalizarla⁹³. *Detrás de la diferencia práctica y al mismo tiempo mítica, es necesario afirmar la no diferencia, la identidad positiva de la venganza, del sacrificio y de la penalidad judicial, justamente porque estos tres fenómenos siempre son los mismos que siempre tienden en caso de crisis, a recaer todos en la misma violencia indiferenciada*⁹⁴.

.....

92 Cfr. Girard; *La violencia*; op. cit.; p. 32; observa Girard que la expresión “venganza pública” no es común, aunque es utilizada por quienes pretenden ver en el sistema penal una “evolución civilizatoria”, especialmente los positivistas del darwinismo social y aún anteriores, como los seguidores de Comte. Además de la oquedad del fundamento de la “retibución”, pocas dudas caben en cuanto a la realidad de la ejecución penal, incluso en los países desarrollados; al respecto Pratt, John. *Castigo y civilización. Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*. Barcelona, Gedisa, 2006.

93 Si nuestro sistema nos parece más racional, en realidad es porque está más estrechamente conformado con el principio de la venganza. La insistencia sobre la punición del culpable no tiene otro significado. En lugar de esforzarse por impedir la venganza, por moderarla, por eludirla, o por desviarla hacia un objeto secundario, como todos los procedimientos propiamente religiosos, el sistema judicial racionaliza la venganza, logra subdividirla y limitarla como mejor le parece; hace con ello una técnica limitadamente eficaz de curación y, secundariamente, de prevención de la violencia. (Girard, *La violencia*; op. cit.; p. 40-41).

94 Cfr. Girard, *La violencia*. Op.cit.; p. 43-44.

33. El capitalismo acelera la violencia, pero no la crea. La superación de la tesis etnológica freudiana por Girard es muy rica para el penalismo y, si bien no es posible agotarla ahora⁹⁵, las brevísimas notas apuntadas permiten formular algunas consideraciones para aproximarnos a la respuesta a la cuestión planteada.

En principio, si la *violencia esencial* resulta del deseo de los mismos objetos, cuando la sociedad estimula la competencia y la acumulación de estos hasta el infinito apoyada en una flecha temporal también infinita, se aceleran las crisis sociales en que estalla la violencia colectiva y la venganza. Esto reafirma que el círculo de la venganza (la producción de sucesivos enemigos y emergencias que sacrifican grupos humanos numerosos) no es un fenómeno generado por el capitalismo, pese a que lo estimula y acelera, con la sociedad de consumo y la concentración y polarización de la riqueza. Esta aceleración explica la ya señalada velocidad con que cambian los enemigos en la actualidad, cuya posición dura muy poco y algunos incluso apenas se

.....

95 Sus tesis presentan una atracción que excede en mucho el interés de nuestra materia. Puede verse la implicancia que le encuentra Vattimo, Gianni. *Credere di credere*. Milano, Garzanti, 1999; también Girard, René/ Vattimo, Gianni. *Verità o fede debole? Dialogo su cristianesimo e relativismo*. Transeuropa, 2006.

esbozan como tentativas de manipulación del mecanismo de canalización de la violencia, sin llegar a ponerlo del todo en funcionamiento.

34. El sistema penal desbordado pretende recuperar su legitimidad ejecutando la venganza. Si lo religioso intenta desviar la venganza y el sistema penal a manipularla, lo cierto es que cuando se llega a la crisis -cuando la desmitificación neutraliza la desviación de la venganza o la capacidad de canalización penal es desbordada-, la sociedad moderna reitera el proceso, con la particularidad de que las agencias del mismo sistema penal ejecutan la venganza sobre la víctima expiatoria sin ninguna racionalidad y, además, asignando ese papel canalizador a un grupo o masa humana.

En realidad, el invento moderno del sistema penal es casi diabólico, pues aunque Girard no lo observe, no sólo es un medio manipulador de la venganza, sino también -y según las circunstancias- un potentísimo medio para su ejecución. Cuando las tensiones sociales y la violencia colectiva (con su sangre que reclama sangre) exceden la capacidad manipuladora del sistema penal y éste es desbordado, se deslegitima, pues pierde la confianza canalizadora de la violencia. Las agencias del poder punitivo se lanzan a retener o recuperar su legitimidad canalizante (que equivale a su poder), para

lo cual se ponen al frente de la ejecución de la venganza sacrificial, con la pretensión de capitalizar el mérito del restablecimiento de la paz. Por cierto que la inversión de la valoración de la víctima -que termina acaparando el mérito de la cesación de la violencia- revierte el efecto del impulso homicida y los mismos agentes del poder punitivo se convierten en futuras víctimas sacrificales. De toda forma, esto explica por qué la regla es que el propio sistema penal cometa los homicidios masivos y no otro aparato estatal. Este proceso es independiente de que la violencia sea atribuible al poder o que este mismo la estimule para sacrificar más rápido a la víctima expiatoria y restablecer la paz que pretende; estos son datos de coyuntura de cada reiteración del proceso, que no hacen a su esencia.

35. Los genocidios coloniales son recursos para evitar el estallido de la violencia en las sociedades colonizadoras. Este análisis explicaría los crímenes masivos del siglo pasado -como el Holocausto o el genocidio armenio-, pero a primera vista no alcanzaría la reiteración del sacrificio expiatorio para explicar los crímenes masivos colonialistas⁹⁶, como el

.....

96 V. Ferro, Marc (dir.) *El libro negro del colonialismo*, Siglos XVI a XXI: *Del exterminio al arrepentimiento*. Madrid, Esfera de los libros, 2005; del mismo, *La colonización. Una historia global*. México, Siglo XXI, 2000.

colonialismo ibérico⁹⁷, el comercio esclavista⁹⁸ o el más cercano de Leopoldo II en el Congo Belga⁹⁹. Sin embargo, no cabe descartar la aplicación del mismo marco teórico, aunque con diferente mecanismo.

Para prevenir el estallido de violencia colectiva en la disputa por los mismos objetos hay dos caminos: o disminuir la demanda desestimulándola o aumentar la oferta, aumentando los objetos. En ambos casos habrá menos conflictividad. Hoy sería imposible pretender aumentar la oferta mediante el incremento indefinido de la producción y de los niveles de consumo, porque acabaríamos con el planeta, pero en los tiempos del colonialismo y del neocolonialismo, el recurso más expeditivo para aumentar los ob-

.....
97 V. Jaulin, Robert. *El etnocidio a través de las Américas*. México, Siglo XXI, 1976; Gerbi, Antonello. *La naturaleza de las Indias Nuevas. De Cristóbal Colón a Gonzalo Fernández de Oviedo*. México, Fondo de Cultura Económica, 1978.

98 V. Hugh, Thomas. *La trata de esclavos. Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870*. Barcelona, Planeta, 1998; Rodney, Walter. *De cómo Europa subdesarrolló a África*. México, Siglo XXI, 1982; Molinari, Diego Luis. *La trata de negros. Datos para su estudio en el Río de la Plata*. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1944; Lechamps, Hubert. *Storia Della trata dei negri*. Milán, Mondadori, 1971; Inikori, Joseph E. *La trata negra del siglo XV al XIX*. Barcelona, Serbal, 1981.

99 Sobre ello, el detenido análisis de Wayne Morrison, *op.cit.*; y la novela de Conrad, Joseph. *Heart of Darkness*. Firenze, Plain Label Book, 2005. (trad. esp.: *El corazón de las tinieblas*. Madrid, Siruela, 2009)

jetos era el sometimiento de otras sociedades enteras para forzar a sus habitantes a proveer bienes, metales preciosos (medios de pago o moneda) o elementos con que elaborar los objetos de disputa¹⁰⁰. Esto fue el colonialismo, a costa del que las sociedades colonialistas pretendían disminuir su conflictividad interna, aunque debido a sus condiciones internas (centralización excesiva de riqueza, dificultad para dinamizarse, excesiva verticalización, etc.) no todas lo consiguieron.

36. Las colonias son cárceles o campos de concentración gigantescos para seres inferiores.

Aunque pareciera que esto nada tiene que ver con el poder punitivo, en realidad, ese sometimiento se obtuvo mediante la extensión del poder punitivo a otra entera sociedad, que debía ser sometida a ese poder en razón de su inferioridad y del peligro que supuestamente representaba para los *civilizados*, pues eran enemigos por extranjeros –extraños– es decir que por no ser semejantes eran inferiores peligrosos. El poder colonialista fue punitivo, porque *una colonia es una cárcel de contención y trabajo forzado, o sea, un gigantesco campo de concentración* donde se privaba a los prisioneros (coloniza-

.....
100 Sobre el papel del colonialismo en la Revolución Industrial, G. D. H. Cole. *Introducción a la historia económica*. México, Fondo de Cultura Económica, 1963.

dos) de su cultura, idioma, religión y tradiciones. Las prisiones europeas encerraban a sus inferiores nativos (parecidos a sus colonizados¹⁰¹), mientras las colonias encerraban a los nativos foráneos porque todos ellos eran inferiores peligrosos (salvajes) que los amenazaban con su mera existencia¹⁰².

37. El sacrificador debe inventar un nuevo enemigo para no convertirse en la próxima víctima sacrificial. La tesis del sacrificio de la víctima expiatoria también explica por qué un sistema penal

.....

101 La similitud entre los colonizados y los criminales natos fue sostenida por Cesare Lombroso, que describía a los últimos como portadores de caracteres mogoloides y africanoides (*Luomo delinquente*. 3ª ed., Torino, Fratelli Rocca, 1884; p. 248 y 295).

102 Comúnmente –escribe Kant– se admite que nadie puede hostilizar a otro, a no ser que éste haya agredido de obra al primero. Es muy exacto cuando ambos viven en el estado civil y legal. Pues por el sólo hecho de haber ingresado en el estado civil, cada uno da a todos los demás las necesarias garantías; y es la autoridad soberana la que, teniendo el poder sobre todos, sirve de instrumento eficaz de aquellas garantías. Pero el hombre –o el pueblo– que se halla en el estado de naturaleza, no me da esas garantías y hasta me lesiona por el mero hecho de hallarse en ese estado de naturaleza; en efecto, está junto a mí, y aunque no me hostiliza activamente, es para mí la anarquía de su estado una perpetua amenaza. Yo puedo obligarle, o bien a entrar conmigo en un estado legal común, o a apartarse de mi lado. (“Zum ewigen Frieden” en *Werkausgabe, herausgegeben von W. Weischedel*. Frankfurt, 1977; tomo XI p. 203).

internacional tendrá poca fuerza preventiva frente a los homicidios de masa. Cuando la venganza se canaliza hacia la víctima expiatoria y ésta es sacrificada se restablece la paz y el orden, pero la víctima comienza a cobrar carácter sagrado, surge su ambivalencia, de encarnación del mal pasa a la del bien, se introduce el componente mítico, el propio sacrificador comienza a ser candidato a víctima expiatoria, que es en alguna medida el destino del héroe¹⁰³ y en ocasiones del autócrata –del rey¹⁰⁴–, y las nuevas contradicciones que reintroducen la violencia se canalizarán hacia él, por lo que la teoría política del estado absoluto le aconseja crear un nuevo enemigo, lo que no siempre consigue¹⁰⁵. Lo único que el derecho penal internacional puede hacer entonces es limitar o contener la nueva ola de venganza, tal como lo expresamos al señalar su fuente de legitimidad.

38. La prevención primaria de los homicidios masivos es ajena al campo de las ciencias penales. Pero queda en pie el problema de la prevención. La

.....

103 Girard, *La violencia*; op. cit.; p. 126.

104 Ibídem; p. 150 y sgts.

105 En las reiteraciones no siempre se llega a consagrar una víctima, con frecuencia el poder elige alguna que no tiene las condiciones necesarias. Es claro que el mecanismo es conocido por quienes detentan el poder y muchas veces lo manipulan, pero no siempre dan con la candidatura ideal para víctima sacrificial.

desviación de la venganza por los mitos y la contención del sistema penal no son suficientes cuando la conflictividad violenta de la sociedad escapa a los límites del canal por el que circula la venganza, con lo que queda claro que ambos son proveedores de paliativos o postergaciones, pero no resuelven el problema, no interrumpen la cadena que se remonta hasta la violencia básica.

Sin perjuicio de reconocer que todo recurso preventivo es bueno, aunque sea paliativo o sólo provea un desplazamiento en el tiempo, lo cierto es que si no se ataca la violencia básica no se evitará que tarde o temprano ésta estalle y con ella la venganza y su consabido proceso de sacrificio de la víctima expiatoria.

Para atacar la violencia básica es fundamental desacelerar la apetencia por los mismos objetos y disminuir el nivel social de competitividad. Esto sería lo que usualmente se llama *prevención primaria* aplicada a los homicidios masivos. No somos los penalistas los encargados de proyectar la sociedad del futuro, más solidaria y menos competitiva¹⁰⁶, al menos en cuanto a nuestra función y saber específicos, aunque podemos advertir su necesidad a los políticos y a los gerentes del poder económico trasnacional, que pare-

.....

106 Por ejemplo, los reclamos de Leonardo Boff en las obras citadas.



43 Diluvio, Doré + gorra de oficial de la Armada

De la Serie *Nunca Más* 43. León Ferrari. Collage para los fascículos de *Nunca Más* editados por Página 12; 29,7x42 cm. (1995). FALFAA

cen absortos disputando el mejor camarote del *Titanic* mientras aceleran la marcha hacia el iceberg.

39. La prevención secundaria exige la inversión de la actual política criminal imperante en el mundo. Pero nos incumbe la llamada *prevención secundaria*. Todo lo que hagamos por disminuir la conflictividad o sus efectos será saludable. La política criminal que cunde por el mundo, inspirada por las administraciones republicanas de los Estados Unidos en las últimas décadas¹⁰⁷, que renegando de su propia tradición¹⁰⁸ extiende de modo constante la programación criminalizante y habilita cada vez más poder punitivo para canalizar más venganza, no se percata de que si los límites del sistema penal se superan, se produce su inversión. Así pues, cuando se desborda, de canalizador pasa a ser ejecutor de la propia venganza para mantener o recuperar su poder y, por ende, del propio sacrificio de la víctima expiatoria.

.....

107 Desde los años ochenta, el sistema penal de los Estados Unidos se ha agigantado en forma inaudita, siendo el país que mayor índice de prisionización ha alcanzado, lo que utiliza también como prenda de cambio para regular su tasa de empleo (quita del mercado a los presos y demanda servicios para mantener el sistema penal).

108 El actual sistema penal de los Estados Unidos nada tiene que ver con su tradición anterior a los años ochenta del siglo pasado, en que presentaba índices de prisionización estables desde un siglo y medio antes.

El pensamiento funcionalista se halla aquí ante una disyuntiva férrea, pues si se mantiene en su habitual constatación y su correspondiente salto valorativo, llegaría a la conclusión de que el desborde de la capacidad canalizadora del sistema penal que lleva al sacrificio es *funcional* por hacer cesar la violencia, con lo cual vendría por otra vía a coincidir con la tesis amoral del estado absoluto; sólo que en las actuales circunstancias sería insostenible la tesis suicida de la supuesta funcionalidad de una catástrofe que comprometa a toda la especie. Parece que a un funcionalismo más profundo no le queda otro camino que incorporar nuevos valores y reconocer la disfuncionalidad de la reiteración del sacrificio al infinito.

En consecuencia, una adecuada prevención secundaria de la conflictividad consistiría en agotar las posibilidades de los modelos de solución efectiva de conflictos (como los reparadores, reformativos, terapéuticos y conciliadores, entre otros), limitando la aplicación del modelo punitivo a los pocos casos en que estos sean absolutamente inadmisibles.

40. La dirección actual lleva a nuevos homicidios masivos. Por otra parte, una política realista y realmente preocupada por la solución de los problemas sociales no puede continuar pretendiendo que el poder punitivo los resuelva, cuando la prevención primaria debe ser social y la secundaria debe orien-

tarse hacia la razonable –y exigible- disminución de daños¹⁰⁹. La canalización de esos conflictos por medio del poder punitivo es un modo hipócrita de dejarlos sin solución¹¹⁰, potenciando las tensiones sociales.

Esto significa que la política criminal que impera en el mundo necesita un urgente giro en sentido inverso para convertirse en factor que quiebre el alto nivel de conflictividad. La desintegración provocada por la conflictividad puede neutralizarse de dos modos: potenciando los modelos eficaces de solución de los conflictos, lo que reforzaría la cohesión social,

.....

109 Tales son los casos de los tóxicos y del aborto. Frente a ambos problemas, las soluciones punitivas han fracasado, los hechos aumentan su frecuencia y no disminuyen sus terribles efectos sociales e individuales, en tanto todos se sienten satisfechos con leyes penales absurdas e indiferentes frente a la realidad mortífera. La prohibición en materia de tóxicos ha generado una renta insólita del servicio de distribución por la cual se organiza una criminalidad nacional e internacional que ha causado la muerte de un número muy alto de personas, siendo hora de preguntarse si mata más la prohibición o el tóxico. En el caso del aborto, la regla es la impunidad, por lo cual se practican por millones ante la indiferencia de los sistemas penales, que no hacen nada –y los estados tampoco- por tratar de reducir ese número.

110 Los muertos en la violencia generada por el tráfico de tóxicos y su distribución y el número de muertes de fetos parecen no interesar a los sistemas penales ni a los políticos, que muestran su preocupación sosteniendo leyes penales con efecto paradojales.

o bien ésta se obtiene con el sacrificio de la víctima expiatoria, es decir, con el homicidio masivo¹¹¹. Si se quiere evitar esto último, es obvio que se impone fortalecer su alternativa.

No será sencillo provocar este giro, dado que el mundo actual parece seguir las indicaciones amorales de la teoría política abolutista, que estimula la paranoia estatal: la pretensión discursiva de combatir el terrorismo en nuestros días, suponiendo una *guerra*, no hace más que legitimar la pretendida *guerra* del Islam, con lo que no sólo no se combate al terrorismo, sino que se cae en una paranoia compartida o delirio a dos¹¹².

.....

111 Esta sería ‘funcional’ en un sentido análogo al que consideraba la criminalidad Émile Durkheim.

112 Cuando el ‘enemigo’ asume una actitud paranoica, como es el caso de la ‘Guerra Santa’ de algunos autores de crímenes de destrucción masiva indiscriminada, se le ofrece al poder el pretexto ideal para alimentar su propia paranoia, es decir, para inventarse otra ‘guerra’, lo que en definitiva termina reforzando la paranoia del ‘enemigo’ y hasta legitimando su discurso. ¿Cómo explicaba la Inquisición su exterminio en nombre de Jesucristo, que murió en un instrumento de tortura del sistema penal de su tiempo? Cristo no es un guerrero, sino todo lo contrario. Simplemente, se le inventó un enemigo (Satanás) guerrero al frente de un poderoso ejército (de diablos y diablesas) que le declaraba la guerra, en la cual se valía de toda clase de trampas sucias. Satanás era el jefe rebelde que no respetaba las reglas de la guerra de los caballeros, fue el ‘partisano’ de Schmitt en la Edad Media y en lucha con Cristo.

41. La vieja fórmula amoral no funcionó. Pero la vieja fórmula política amoral no da los resultados esperados, pues para crear al nuevo enemigo extranjero lejos de las propias fronteras se provocó una guerra real fuera y una recesión económica dentro, lo que anuncia una potenciación de las tensiones, o sea, que resultó una manipulación aberrante del proceso de la venganza, cuyas consecuencias son aún poco imaginables. La vieja fórmula política amoral no precisó los límites de la economía y su aplicación a rajatabla en lugar de disminuir tensiones parece generar otras nuevas, corriendo el riesgo de que algunos de sus promotores devengan en nuevas víctimas sacrificales.

Este fenómeno –en su esencia- tampoco es nuevo, pues el viejo colonialismo muchas veces frustró su objetivo de disminuir las tensiones internas como consecuencia de la inadaptación de la economía metropolitana a la abundancia de objetos codiciables, tal como sucedió con el colonialismo ibérico, que no supo capitalizar los resultados mediante la industrialización y acabó perdiendo su hegemonía colonial, que pasó a las potencias del centro y norte de Europa. Si bien ahora –siguiendo una vieja fórmula¹¹³- se

.....

113 Cfr. Mammarella, Giuseppe. *L'America da Roosevelt a Reagan. Storia degli Stati Uniti dal 1939 a oggi*. Roma, Laterza, 1986.

pensó que una guerra potenciaría la economía, al parecer la deprimió (o fue insuficiente para evitar la depresión anunciada). Se trata del fracaso de una tentativa de evitar la violencia creando violencia externa, lo que indicaría la necesidad de rectificar la fórmula amoral: *cuando se apela a la creación de un enemigo externo (por inferior) la violencia se canaliza siempre que las condiciones internas permitan capitalizar sus beneficios; de lo contrario, el homicidio masivo externo resulta inútil y hasta negativo*.

42. Las alternativas del penalismo no son muchas. Frente a la actual tendencia político criminal que, de no interrumpirse, lleva a la comisión de nuevos homicidios masivos, el penalismo se enfrenta a tres variables lógicas: (a) Deslegitimar la política dominante; (b) Legitimarla y estimularla; y (c) Tratar de llegar a un compromiso con ella. La segunda variable es la opción por el estado absoluto propia de la política amoral, que no merece hoy mayor atención, pues parece un camino prohibido¹¹⁴.

.....

114 En el campo académico no hay teóricos serios que la sostengan. No estamos muy seguros de que no haya quienes lo compartan, pero hoy no sería posible expresarlo con la amoral sinceridad de Carl Schmitt, pues no lo tolera la cultura jurídica dominante y quien lo hiciese inmediatamente sería marginado. Cabe advertir que en la publicidad política a veces se observan retazos incoherentes bastante significativos.

La tercera es la más frecuente, aunque con una curiosa dualidad: se la rechaza formalmente cuando se hace expresa, pero se la acepta y practica a diario. Su formulación expresa dio lugar a una discusión por momentos escandalosa y consagró la expresión *derecho penal del enemigo*¹¹⁵. Pero en verdad, lo que se designa como *derecho penal del enemigo* es práctica corriente en mayor o menor medida en casi todo el planeta y en especial en América Latina, donde su instrumento preferido es la *prisión preventiva o cautelar* usada como pena principal y casi única¹¹⁶. Dado que la única formulación teórica expresa -además del general rechazo- es inviable porque se basa en una visión estática que desconoce

.....

115 La expresión y la formulación expresa corresponde a G. Jakobs (*op. cit.*) y la polémica abarca una bibliografía enorme en Alemania, Italia, España y América Latina.

116 El derecho penal del enemigo postula ‘despersonalizar’ a los enemigos y, por ende, no someterlos a las penas medidas conforme a la culpabilidad, sino ‘contenerlos’ para neutralizar su peligro. No es más que la reiteración de las ‘medidas de seguridad’ para los multireincidentes, habituales, etc., conocidas desde Kart Stooss, o sea, penas sin culpabilidad según la conocida tesis de Kohlrausch (“el embuste de las etiquetas”). Pues bien, dado que casi el 70% de los presos latinoamericanos se halla en prisión cautelar y suele agotar la pena en ella, resulta muy claro que ésta opera como una pena sin culpabilidad, anticipada a la sentencia formal.

la dinámica propia del poder punitivo¹¹⁷, lo cierto es que el compromiso con la política criminal dominante se degrada a una práctica sin sustento teórico. Más bien parece un compromiso de agencias que una posición teórica: las agencias jurídicas –conscientes o no- ceden discurso (poder) ante el temor de ser arrasadas por las agencias ejecutivas y por la publicidad del aparato de poder, en forma análoga a

.....

117 La crítica a esta tesis la realizamos en *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires, Dykinson, 2006 (Madrid, 2007; Rio de Janeiro, 2007; México, 2007). V. también la bibliografía cit. hasta la publicación, que se ha enriquecido mucho pese al poco tiempo transcurrido; entre otros, los trabajos recopilados en los dos gruesos volúmenes coordinados por Cancio Meliá/Gómez Jara Díez. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires/Montevideo, Thompson/Civitas, 2006; Aller, Germán. *Co-responsabilidad social, sociedad de riesgo y derecho penal del enemigo*. Montevideo, Carlos Alvarez, 2006; Polaina-Orts, Miguel. *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*. Lima, Mediterránea, 2006; Resta, Federica. “Nemici e criminali. Le logiche del controllo”, en *L’Indice Penale*, 2006; Villamar Lucía, Fernando. *Una aproximación al derecho penal del enemigo*. La Paz, 2007; los trabajos publicados en el número monográfico 4 de 2006 de *Questione Giustizia*; González Cussac, J. L. “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, en *Revista Penal*. Madrid, La Ley, 2007, 19, p. 52 y sgts.; Gössel, K. H. “Réplica del derecho penal del enemigo”, en la misma, n° 20, p. 89 y sgts.

los políticos sitiados por el discurso único *völkisch*¹¹⁸ y vindicativo de los medios masivos.

43. El compromiso ético y cultural. Desde la actitud de compromiso se objeta que el saber penal nada puede hacer frente a las decisiones del poder, por lo que es preferible refugiarse en el compromiso supuestamente pragmático. Esta objeción subestima el poder del discurso, que es precisamente el que los juristas no deben ceder. Con el discurso se ejerce poder –los dictadores lo supieron siempre–, aunque no sea el mismo poder de que disponen las agencias ejecutivas del sistema penal, pero éstas sin el discurso quedan deslegitimadas y, en definitiva, el poder sin discurso, aunque puede causar grave daño antes de derrumbarse, no se sostiene mucho tiempo¹¹⁹. Si el

.....
118 La expresión '*völkisch*' suele traducirse como 'populismo'. Su traducción más exacta sería 'populacherismo', pues importa una subestimación grave del pueblo mediante la explotación y profundización de los peores prejuicios de una sociedad. El populismo es una corriente política que presenta luces y sombras, pero que en América Latina ha posibilitado la incorporación de importantes y amplios sectores de la población a la ciudadanía. Hubo populismos que emplearon técnicas *völkisch*, como también las usaron corrientes de otros signos políticos con apariencia de mayor coherencia ideológica.

119 "¿Qué necesitan hoy los que suben al poder aparte de una buena tropa, aguardiente y salchichón? Necesitan el texto"; en Glucksman, André. *Los maestros pensadores*. Barcelona, Anagrama, 1978, p. 43.

penalismo en masa le quitase el discurso, la incitación pública a la venganza quedaría reducida a lo que es: pura publicidad mediática, con las limitaciones que reconoce la publicidad de cualquier producto.

44. La verdadera prevención penal consiste en la denuncia de las técnicas de neutralización de los homicidios masivos. La individualización de los enemigos, es decir, el brote paranoico del estado, se alimenta de discursos que racionalizan el sacrificio expiatorio, ampliando las causas de justificación y de exculpación del derecho penal de diferente manera, pero siempre en base a lo que la criminología de mediados del siglo pasado llamó *técnicas de neutralización*¹²⁰. Cuando los criminólogos de ese tiempo pusieron en descubierto estas técnicas, lo hicieron en base a los recursos discursivos simplistas que entonces usaban los *rebeldes sin causa* para minimizar, justificar o exculpar su vandalismo, pero las técnicas de neutralización en los crímenes masivos se teorizan en alto nivel político –incluso por agencias académicas o de reproducción– y se glorifican por los medios de comunicación social. Esto no lo ha observado la criminología porque no se ha ocu-

.....
120 Sykes, Gresham M. and Matza, David. "Techniques of neutralization: a theory of delinquency", en *American Sociological Review*, 1957, 22, p. 664-670; reproducido en *Criminological Perspectives. Essential Readings*, editado por MacLaughlin, Muncie, Hughes, Londres, 2005; p. 231-238.

pado de estos crímenes¹²¹, pues para hacerlo debería abandonar su pretendida e imposible neutralidad ideológica.

En efecto: las ciencias penales no tienen otra opción que desprenderse de su increíble pretensión aséptica si es que pretenden encarar seriamente la cuestión de los crímenes más graves, pues sólo lo pueden hacer mediante crítica de las ideologías¹²², para poder descubrir aquéllas cuya verdadera naturaleza sea la de técnicas de neutralización de los homicidios masivos o de su preparación mediante discursos vindicativos, incluso penales y criminológicos. Si el *derecho penal del enemigo* legitima la tipificación de los actos preparatorios, el saber penal y criminológico debe salirle al paso adelantando su crítica a los actos preparatorios de los homicidios masivos, como es la elaboración de sus *técnicas de neutralización*¹²³.

.....
121 Quizá uno de los factores de esta omisión haya sido, precisamente, la necesidad de renunciar a su pretendida 'neutralidad valorativa' o 'ideológica'.

122 Cabe aclarar que entendemos por 'ideología' a cierto sistema de ideas, sin asociar la expresión a valoraciones negativas ni a encubrimientos. En cada caso será la crítica ideológica la que pondrá de manifiesto si la ideología es racional, paranoica o encubridora.

123 Ideologías de superioridad racial, de jerarquización de seres humanos, de seguridad nacional, de destrucción de los límites del estado de derecho, legitimantes de la tortura, etc.

Es asombroso que aún no veamos con claridad que *estamos ante un renacimiento de la ideología de la seguridad nacional ahora en plano mundial*¹²⁴, cuando vivimos su experiencia regional desde hace más de medio siglo, y que toleremos que con idénticos planteos simplistas vayan minando los estados de derecho. Esa es la verdadera función preventiva que el saber jurídico penal debe y puede llevar a cabo respecto de los homicidios masivos.

El derecho penal internacional puede ofrecer paliativos o eventuales beneficios pragmáticos, puede

.....
124 La ideología de seguridad nacional se caracteriza por inventar 'guerras', con el pretexto de ser 'guerras anómalas', o sea, 'guerras sucias', y por ende no sujetas a las leyes de la guerra entre 'caballeros' (que serían las únicas obligadas a respetar el derecho de Ginebra) y tampoco al derecho penal por ser guerras. Es decir que, por ser 'guerras' y por ser 'sucias' quedan en un espacio hueco fuera del derecho, libre de normas limitadoras. La tesis de la 'guerra sucia' fue elaborada por los mandos franceses en Indochina y en Argelia y luego difundida a los Estados Unidos y a la Argentina (Cfr. Robin, Marie-Monique. *Escuadrones de la muerte. La escuela francesa*. Buenos Aires, Sudamericana, 2005); la más dura crítica a esta política corresponde a la pluma de Jean Paul Sastre, en el célebre prólogo a Franz Fanon, *Los condenados de la tierra*. México, Fondo de Cultura Económica, 1965; la teorización más fina de esta política genocida la llevó a cabo Carl Schmitt en velada defensa del jefe de la organización terrorista OAS, Raoul Salam, en una conferencia pronunciada en 1962 en España: *Teoría del partigiano. Integrazione al concetto del politico*. Milano, Il Saggiatore, 2005).

evitar el restablecimiento de la *Friedlosigkeit*, pero la verdadera prevención de los homicidios masivos que el saber jurídico penal puede proveer, será mediante el ejercicio de la crítica y el rechazo frontal de las *técnicas de neutralización de valores*, elaboradas finamente por teóricos y groseramente por la instigación pública o mediática a la venganza. De no hacerlo, nuestro saber caerá en otro vaciamiento pensante¹²⁵ y será por un tiempo otra *ciencia que no piensa*.

.....

125 Creemos que el contenido pensante del saber jurídico-penal ha sufrido alternativas: del alto nivel alcanzado en el siglo XIX, comenzó a decaer a fines de ese siglo para llegar hasta el vaciamiento casi total, que acabó en algunas legitimaciones vergonzosas de los peores crímenes del siglo XX, para renacer en la posguerra.

POSFACIO

Los crímenes de masa: ¿fin o herramienta?

Daniel Feierstein*

Siento una mezcla de orgullo y compromiso al haber recibido la invitación para escribir un posfacio de esta segunda edición de la obra de E. Raúl Zaffaroni, *Crímenes de masa*, merecedor de uno de los premios más relevantes de su campo de estudios.

Por una parte me honra profundamente la invitación. Por otra, se cierne sobre mí una penetrante duda sobre si me será posible superar el temor reverencial por la figura de un maestro y sugerir algunas de las líneas que, a mi modo de ver, abre el presente trabajo, sabiendo que exceden (y seguramente distorsionan, quisiera creer que no exageradamente) las intenciones de su autor.

Como confío en que al autor y al lector de esta obra poco le importa lo que sienta el epiloguista, utilizaré entonces estas páginas para hacer lo que se me ha pedido, ya realizada la necesaria aclaración a modo de disculpa ante ambos.

* * *

Uno de los ejes centrales de esta obra pasa por señalar la relevancia que ha tenido y podría tener la creación de un derecho penal internacional, como medio

para devolver el carácter de persona a los perpetradores de los crímenes de masa, quienes los llevan a cabo no contra el aparato punitivo estatal sino desde el control de dicho aparato y como parte de su propia lógica.

El segundo eje, más de carácter criminológico, busca expandir los límites de la explicación del derecho penal para buscar en la psicología o la etnología una fundamentación del origen, persistencia y sentido de los crímenes de masa.

Seguiré entonces en este posfacio el orden inverso al del texto, partiendo de un análisis del trabajo en este segundo nivel para llegar desde allí a las propuestas más de orden político de la obra, que se articulan con otros trabajos del autor, muy en especial *El enemigo en el derecho penal*¹ y *La palabra de los muertos*², en los que se postula la necesidad de una *criminología cautelar* y desde las cuales buscaré plantear algunos presupuestos mínimos que debiera poder cumplir este nuevo derecho penal internacional.

La funcionalidad de los crímenes de masa

La obra presente se propone quebrar la idea banal de que los crímenes de masa serían el resultado

.....

1 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid, Dykinson, 2006.

2 Zaffaroni, E.R. *La palabra de los muertos*. Buenos Aires, Ediar, 2011.

de la toma del poder estatal por alucinados racistas o alienados mentales que disfrutarían de las matanzas colectivas. Cabe señalar que esto que denomino “ideas banales” se encuentra presente no sólo en el tratamiento mediático o penal de los crímenes de masa sino también en obras pretendidamente académicas que postulan que el genocidio se explica por una patología del pueblo alemán, por la barbarie intrínseca de los africanos envueltos en luchas tribales, por la naturaleza violenta de los pueblos balcánicos, entre otras barbaridades difundidas con aires científicos³.

.....

3 Para las teorías del *sonderweg* (la vía especial alemana) que explicaría el nazismo, véase Davidowicz, Lucy. *The war against the Jews*. New York, Pocket Bantam Books, 1986; o Bauer, Yehuda. *The Holocaust in Historical Perspective*. Washington DC, University of Washington Press, 1982; entre muchos otros. Su actualización más trabajada y publicitada puede observarse en la obra de Goldhagen, Daniel Jonah. *Hitler's Willing Executioners*. New York, Vintage Books, 1997 [traducción al español: *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el Holocausto*. Madrid, Taurus, 1998], que asigna a los “alemanes corrientes” una patología nacional especial, distorsionando la brillante obra de Browning, Christopher. *Ordinary Men. Reserve Police Battalion 101 and the Final Solution in Poland*. New York, Harper Collins, 1992 [trad. esp.: *Aquellos hombres grises. El Batallón 101 y la Solución Final en Polonia*. Barcelona, Edhasa, 2002] sobre los “hombres corrientes”, que universaliza un modo de facilitación de la violencia que Goldhagen quiere asignar sólo a los alemanes.

Por el contrario, Zaffaroni intenta ir hasta las estructuras más básicas del funcionamiento humano (ancladas en el inconsciente), de la mano de Sigmund Freud y René Girard, con el fin de comprender la funcionalidad psíquica de las masacres.

Su análisis ilumina fenómenos profundamente enquistados en el funcionamiento psíquico y que permiten dar cuenta del sentido de las matanzas a lo largo de la historia (en una secuencia que puede ir desde el arrasamiento de Cartago, pasando por las campañas de los mongoles o las Cruzadas hasta el aniquilamiento nazi), a partir de lo cual Zaffaroni comienza a delinear alternativas de prevención que contemplen este origen profundo de la violencia.

Pero quizás una visita a la sociología podría ser una dirección de continuidad posible de la presente obra, bajo la pregunta de qué funcionalidades sociales diferenciales resuelven los crímenes de masa modernos (el cuadriculamiento territorial con una serie de campos de concentración y el uso de las matanzas sistemáticas como herramienta de difusión de un terror colectivizado) frente a la masacre antigua, que centraba el ejercicio de la muerte colectiva en un momento específico de liberación de la agresión contenida frente al enemigo derrotado.

El trabajo de Zaffaroni ubica con inteligencia la genealogía de esta transformación del poder puniti-

vo a través del surgimiento del aparato inquisitorial, como una novedad específica en los modos de ejercicio de las técnicas de saber, las técnicas de poder y la articulación entre estos sistemas.

Pero me permitiré postular que la relación entre este funcionamiento inquisitorial y los crímenes de masa es mucho más fuerte de lo que el propio trabajo de Zaffaroni deja entrever.

Tal como Lemkin lo planteara en sus obras de los años '40, el genocidio (prototipo de lo que este trabajo cataloga como crímenes de masa) se propone fundamentalmente una destrucción de la identidad de la sociedad en la que se implementa. Y, obviamente, no tendría sentido destruir la identidad de un grupo de gente a la que a la vez se destruye físicamente.

Pero es que Lemkin está muy lejos de plantear una contradicción o una afirmación banal porque, en su perspectiva, el objetivo de los crímenes de masa modernos (por oposición a las masacres antiguas) no radica en aquellos sujetos a los que se aniquila sino en el efecto del proceso de aniquilamiento en toda la sociedad, los efectos que produce la muerte de algunos en *aquellos que quedan vivos*.

Sugeriré, entonces, a partir de Lemkin, que *en los crímenes de masa modernos, el aniquilamiento*

no es el fin de la acción sino su herramienta. Lemkin decía, en 1943: “El genocidio tiene dos etapas: una, la destrucción del patrón nacional del grupo oprimido; la otra, la imposición del patrón nacional del opresor”⁴.

Lemkin era un jurista judeo-polaco y estaba pensando en los modos que el nazismo alemán había utilizado para destruir la identidad... ¡¡polaca y alemana!! Cosa que sus panegiristas han olvidado, demasiado centrados en las abstractas discusiones sobre el *carácter único* del nazismo. Funcionario del gobierno polaco, Lemkin consideraba que la propia nacionalidad polaca no podría continuar siendo la misma sin el aporte de los judíos, así como la nacionalidad alemana estaría irremisiblemente transformada sin el aporte de judíos o gitanos.

Todavía era muy temprano en la reflexión sociológica como para que Lemkin pudiera observar que las identidades no sólo se componían de elementos culturales de matriz étnica, sino que también los distintos sectores políticos, sindicales, de género u orientación sexual, los discapacitados, entre otros colectivos, constituyen partes inescindibles de la

.....
4 Lemkin, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe*. Washington DC, Carnegie Endowment for International Peace, 1944 [trad. esp. *El dominio del Eje en la Europa ocupada*. Buenos Aires, Prometeo, 2009; p. 154 de esta edición]

identidad de un pueblo y que su aniquilamiento constituye un modo de opresión equiparable al del borramiento de los trazos históricos de la constitución de las identidades nacionales.

Pero la genialidad de Lemkin radicó en su capacidad de observación de la funcionalidad de los crímenes de masa modernos: *su utilización como herramienta para expandir el terror y transformar identidades* (eliminar la identidad del grupo oprimido, imponer la identidad del opresor), una tecnología de poder que se había iniciado (como hemos aprendido, guiados por las obras de Zaffaroni) con el modelo inquisitorial y la persecución a los herejes y las brujas durante toda la primera mitad del segundo milenio.

El terror como herramienta de reformulación de las relaciones sociales

¿Pero cómo es que se reformulan las relaciones sociales a través del terror? Por medio de la secuencia *interrogación-confesión-delación* que, procedente del modelo inquisitorial configura el funcionamiento del dispositivo fundamental de los crímenes de masa modernos: *el campo de concentración*.

El poder concentracionario instaura un modelo de interrogación colectiva a la sociedad, una persecución que constituye una figura de peligrosidad

cada vez más ambigua y laxa (la judaización o el enemigo de la raza aria bajo el nazismo, el “intelectual” o “pueblo nuevo” para el régimen camboyano, el “delincuente subversivo” bajo las doctrinas de la seguridad nacional, el terrorista para las nuevas doctrinas de seguridad internacional).

La peculiar ambigüedad de la figura perseguida vuelve sospechosas a capas cada vez más amplias de la población (en su modelo ideal, implementado en los últimos cuarenta años, al conjunto de la población, incluidos los posibles perpetradores). Esa inquisición particularizada del poder concentracionario frente a cada individuo busca ser respondida con una confesión, en la que se instiga a producir la delación.

Zaffaroni considera en otras obras que la búsqueda de la delación por parte de las brujas (entregar el nombre de otra bruja) constituye un modo de reproducir el propio sistema. Sin negar esta funcionalidad, podríamos agregar que también busca destruir una posible solidaridad entre los perseguidos: “mejor delatar a una posible bruja o hereje *antes* de ser acusados de serlo, que ante la mesa de tortura inquisitorial”.

Para escapar del estigma, el individuo sospechoso debe sacar el estigma de sí, poniéndolo en otro. En Camboya, Argentina, la ex-Yugoslavia o Ruanda,

el Estado buscaba que la población denunciara a sus vecinos, sus compañeros de trabajo, incluso sus familiares cercanos, estableciendo una política explícita de instigación a la delación, con campañas educativas, mediáticas o utilizando la técnica del rumor (todas conductas explicitadas en materiales de los perpetradores como los “manuales de operaciones psicológicas” de creación francesa pero difundidos y adaptados en todo el planeta).

Esta delación generalizada constituye el modelo más tremendo de reformulación de relaciones sociales, al obstaculizar cualquier posibilidad de reciprocidad o de cooperación.

El poder concentracionario tiende a crear el modelo de sociedad del que el viejo Hobbes quería escapar (sin haber demostrado jamás su existencia): una sociedad en donde todo hombre sea un lobo para el otro, una guerra civil de todos contra todos.

El modelo concentracionario, utilizando el terror de los crímenes de masa, busca construir un modelo de relaciones sociales en el cual el *otro* es aquel que me puede delatar o aquel al que voy a delatar. Al instalar el terror sobre el conjunto, el modelo concentracionario busca (por suerte, por lo general no lo logra) reformular las relaciones sociales para crear una *sociedad de delatores*. Porque en ese mundo

hobbesiano donde el otro es mi enemigo, el único aliado posible es el poder punitivo, a quien se debe seguir alimentando con más y más delaciones.

Cualquier modelo contrahegemónico requiere la cooperación de decenas o centenares de miles de personas capaces de dialogar en un contexto de reciprocidad, con capacidad de confiar en el otro, incluso al punto de ser capaces de dudar, esa conducta que un genocida argentino caracterizara como “la jactancia de los intelectuales”.

En términos de Zaffaroni, cabría preguntarse por qué “no podemos pasar de la *inquisitio* asimétrica al *dialogus* simétrico”⁵. Pues bien, considero que no se trata sólo ni fundamentalmente de tendencias ancestrales que provienen de la etnología.

Por el contrario, cabría pensar también que uno de los motivos de esta dificultad para confrontar con el modelo de la *inquisitio* radica en que una sociedad aterrorizada, convencida de que todo otro es delator (más allá de que ello resulte cierto o no) se encuentra paralizada para cuestionar el orden existente, abocando su energía apenas a garantizar su supervivencia cotidiana, ante el poder genocida. O, en circunstancias distintas pero con resultados equivalentes, ante el hambre, la desocupación, el ‘gatillo

.....
5 P. 56.

fácil’ policial o la prisonización masiva que deriva de las políticas de ‘tolerancia cero’.

Los crímenes de masa constituyen, al igual que el ejercicio desbocado del poder punitivo nacional, sociedades de sobrevivientes. El presente trabajo, con su propuesta de una *criminología cautelar* nos recuerda que el derecho penal puede, sin embargo, jugar un papel fundamental en el intento por transformar esa sobrellevada en un legado digno para nuestros descendientes, que busque transformar esas relaciones sociales, aunque apenas fuera disminuyendo la frecuencia y gravedad de la amenaza que se cierne sobre la mayoría de los ciudadanos, lo cual no sería poco.

El derecho penal internacional

Decía que este trabajo se inicia destacando la relevancia de la creación de un derecho penal internacional, como medio para devolver el carácter de persona a los perpetradores de los crímenes de masa. Sin dudas se trata de una argumentación potente, ya que logra escapar de fundamentaciones menos sólidas del castigo de los crímenes de masa, que van desde un dogmático jusnaturalismo (son crímenes que deben castigarse porque vulneran el “derecho natural”) hasta diversas legitimaciones de la venganza o de las distintas escuelas re, que entiende a la pena como *re-socializadora, re-educadora*, etc.).

Una de las puertas que abre este trabajo es cómo aportar a la constitución de un derecho penal internacional que pueda efectivamente funcionar acorde a los principios fundamentales del derecho que se han logrado ir constituyendo (con todos sus límites) en los estados democrático-representativos.

Por tomar una analogía algo simple, las primeras herramientas que estamos conociendo de dicho derecho penal internacional han diseñado un sistema equivalente al de los Estados absolutistas monárquicos que buscaban crear un aparataje legal en una Edad Media atravesada por la política de la más descarnada correlación de fuerzas.

Es así que la primera Corte Penal Internacional es una institución que depende de modo directo y heterónimo de los *señores de la guerra* (el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que reúne a los megaperpetradores de crímenes de masa), siendo efectivo para castigar sólo los ilegalismos de los ‘señores menores’ o de aquellos que han perdido la protección de los monarcas. Un indicador de ello es que todas sus actuaciones hasta el momento han sido en territorio africano, sancionando a organizaciones no estatales o a tan sólo dos Estados que comenzaron a perder la previa protección de sus socios del Norte: Sudán y Libia. Es más: a la vez que guían y supervisan sus actividades, estas mismas potencias no aceptan su

jurisdicción, estableciendo *normativamente* (no sólo *fácticamente*, como podría ocurrir en el nivel subnacional) que se trata de un derecho discrecional que determina quiénes son aquellos a quienes se niega el derecho a cometer crímenes de masa.

Vale mencionar aquí una nota al pie de este mismo texto, trayéndola al cuerpo central en este epílogo (nota 14, en página 31):

“Los tribunales de los estados absolutos siempre son tribunales policiales, órganos administrativos por su dependencia y parcialidad. Un estado de policía -sociológicamente hablando- es un estado en el que las agencias policiales operan sin limitaciones, sea la Gestapo, la KGB o el servicio de inteligencia de cualquier dictadura. En el mejor de los casos estos ‘tribunales’ serían meros controles internos de la administración.”

Zaffaroni destaca sin embargo, unas páginas antes, que todo sistema penal es selectivo y que no puede esperarse menos del sistema internacional, lo que nos señala un principio básico del funcionamiento penal que resulta necesario tener presente y que busca adelantarse a lo que el autor llama las “críticas por izquierda” del sistema penal internacional. Por otra parte, compartimos el principio de que no sería recomendable postular que determinados delitos graves quedaran impunes con el argumento de que hay otros delitos graves que seguirán teniendo impunidad (ha-

ber castigado a Hitler sigue siendo fundamental, aún cuando Stalin, Suharto o Kissinger hayan quedado impunes).

Pero en el nivel de los Estados nacionales, la persistente lucha de varios siglos de juristas cuya larga lista el Dr. Zaffaroni sin ninguna duda integra, ha logrado construir un mínimo nivel de autonomía del funcionamiento judicial que, desde las tempranas intuiciones de John Locke hasta el presente, ha permitido una creciente moderación de dicha selectividad (aún cuando el adjetivo 'creciente' peque quizás de un exceso de optimismo) y es lo que constituye las condiciones mínimas para considerar a un sistema jurídico como tal.

La gran pregunta que abre un trabajo como el presente en relación a este primer eje es quién podrá ser el sujeto social, político, intelectual, que pueda trabajar para comenzar a efectivizar el funcionamiento de un derecho penal internacional que no sea la mera imposición de la hegemonía militar de *los señores de la guerra*.

Quizás ante tanto barullo provocado por los nuevos profesionales de los derechos humanos en las Naciones Unidas, quepa reparar en el silencioso trabajo que organizaciones como el Tribunal Permanente de los Pueblos y las organizaciones de DD.HH. en muchas partes del mundo (nuestro país debe estar orgulloso de

su propio aporte en ese sentido) han realizado y siguen realizando para buscar devolver el carácter de persona a los perpetradores, sometiéndolos a distintas instancias judiciales sin haber buscado jamás la venganza.

En la analogía que he construido con el funcionamiento de los sistemas jurídicos nacionales, pueden señalarse dos principios básicos que constituirían las condiciones mínimas para un derecho penal internacional que pudiera integrarse dentro de una *criminología cautelar*, haciendo honor a los antecedentes de quienes, desde fuera del aparato penal institucionalizado, han dedicado su vida a la lucha contra la impunidad de los crímenes de masa:

1) Un poder judicial, para ser tal, debe tener autonomía del poder ejecutivo. Sea cual fuere la calidad de sus jueces (lo cual constituye un problema fáctico de otro orden), los mismos deben contar con la capacidad de actuar con independencia de quienes controlan el poder punitivo. En el caso de una Corte Penal Internacional, esta independencia mínima se vincula a la autonomía respecto de las autoridades ejecutivas de los Estados nacionales (aquellos que ordenan y perpetran los crímenes de masa) y, muy en especial, de quienes tienen poder de fuego y capacidad militar para llevarlo a cabo no sólo en su territorio sino en los de otros países, como ocurre con los miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

2) En la página 37 del trabajo, Zaffaroni destaca que la pena no es preventiva del delito, tampoco en el derecho penal internacional. Esto constituye un segundo principio fundamental, entonces, para cualquier diseño de este nuevo ámbito: confrontar su posible transformación en un dispositivo de una criminología preventiva. Una Corte Penal Internacional tendría como objetivo *juzgar a quienes han cometido crímenes masivos*, no ordenar el arresto, asesinato o bombardeo de quienes *podrían llegar a cometerlos*.

Por el contrario, y en términos de Zaffaroni: “*Si el poder punitivo internacionalizado se descontrolase, se convertiría en un instrumento hegemónico de una suerte de estado policial planetario*”⁶, resultando de este modo el paliativo igual o peor que la propia enfermedad, como los asesinatos de civiles ‘en nombre de la humanidad’ en Afganistán, Irak o Libia parecen augurar.

Creo que estamos viviendo un momento muy peculiar. O quizás sólo nos parece peculiar porque somos nosotros quienes lo estamos viviendo.

Los crímenes de masa modernos han sido persistentes, cada vez más comunes y con mayor producción de cadáveres, tal como señala el texto de Zaffaroni, lo cual justifica la necesidad de una reflexión como la que el texto aporta.

.....

6 P. 32 y 33.

Los dos últimos siglos pueden ostentar ciertos récords en cuanto a esta producción de muerte: el siglo XIX en el exterminio de las poblaciones colonizadas por las potencias colonizadoras, el siglo XX en el aniquilamiento y transformación de las sociedades desde su interior, asesinando a sus con-nacionales.

La obra de Zaffaroni, sin embargo, se inscribe en la mejor tradición que ha dado nuestra humanidad, al insistir en que la posibilidad de comprender las lógicas que guían las matanzas nos podrá otorgar, quizás, algunas herramientas para colaborar en la elaboración de sus consecuencias y para confrontar con sus persistentes reapariciones, sin que ello implique caer en un optimismo ingenuo que ignore las profundas funcionalidades y la tremenda eficacia de los crímenes de masa y, por lo tanto, la enorme tarea que tenemos por delante.

No cabe más que agradecer la terquedad del autor por hacer el intento de todos modos y sumarnos al arduo camino que nos propone, con la esperanza de llegar a nuestros hijos y nietos un mundo ‘menos peor’.

* Daniel Feierstein es Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires; actualmente, Profesor Titular de la Cátedra “Análisis de las prácticas sociales genocidas”, en la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA. Es investigador del CONICET, radicado en la Universidad Nacional de Tres de Febrero, donde dirige el Centro de Estudios sobre Genocidio. Es Vicepresidente Primero de IAGS (*International Association of Genocide Scholars*).

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de junio de 2012
en Imprenta Kurz