

Hacer Sufrir. Imágenes del Hombre y la Sociedad en el Derecho Penal, de Alejandro Alagia, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2013.

*Por Guido Leonardo Croxatto**

En la Introducción de su trabajo el autor comienza, en la línea ya trazada por Zygmunt Bauman en su libro *Modernidad y Holocausto*, que reconoce antecedentes en la propia Escuela de Frankfurt (y en sus críticas a la modernidad instrumental) remarcando que en la institucionalización del genocidio (experiencia dramática del último siglo) se encuentra la materia de la que está hecha el castigo retributivo, es decir, una parte esencial del propio Derecho (penal). “La naturaleza punitiva del genocidio¹ tiene facilidad para sustraerse a la observación”.² El autor concluye en el primer párrafo de su libro (contra el extendido prejuicio de que el paso a la pena estatal “legítima” y concentrada es un “salto” de civilización y orden, de “paz”, de “freno a la violencia” de todos contra todos...), que “los mayores peligros para la población tienen origen en el poder punitivo” (y no su solución en él). Es decir, en eso que se presenta o se propone como una “solución” estaría escondido el mayor peligro para la humanidad. En consecuencia, esto que llamamos “civilización” moderna (Derecho, Estado, modernidad, sociedad civil) no es en modo alguno algo “mejor” ni más “civilizado” que una sociedad “primitiva”. Lo único que hizo la modernidad (el Estado, la sociedad “civil”) fue concentrar el castigo. Pero el “castigo” institucionalizado y concentrado no nos hace más “civilizados” ni menos violentos. Al contrario: el castigo reproduce y aumenta la violencia (que ya existe y) que dice venir

* Abogado (UBA), LL.M. (FU) Doctorando en Derecho Penal (UBA-Derecho / CONICET), gcroxatto@zedat.fu-berlin.de

1. Nosotros agregaríamos, la represión del cuerpo, en un sentido moral y antropológico.
2. P. 15.

a evitar en la sociedad. Aumenta lo que promete que disminuye. Por eso mismo nos expone a fenómenos (bárbaros, poco “civilizados”) como el genocidio. Lo notable es que la “materia” misma del genocidio se encuentra ya presente en el castigo que impone el Derecho. Entonces el genocidio no es algo distinto de la modernidad, no es una excepción a una “regla”, un desvío evitable en el camino del “progreso”: es un corolario, un producto. Libros como el de Alagia ayudan a ilustrar ese tortuoso camino que, como el propio autor reconoce en varios pasajes, “se sustrae con facilidad a la observación”. La forma de organizar y reproducir el saber no es algo ajeno a los campos de exterminio. “Desde hace alrededor de cinco mil años se vive bajo amenaza y padecimiento punitivo en la creencia de que alguien tiene que sufrir o morir para que la sociedad viva”. El Derecho Penal es el que vendría a organizar, en esta modernidad, ese sacrificio. Ya que el Derecho, como afirma Alagia, aun sacrifica personas. El Derecho se dedica, aún hoy, en suma, a “hacer sufrir”. A imponer el dolor como “camino”.

El autor pone en tela de juicio desde el comienzo el carácter mismo de “ciencia” de que se autotitulan e imbuyen los penalistas: la “ciencia penal”, el “derecho” penal, son una pantalla, una apariencia formal que se construye también desde el Estado. El Derecho no es una ciencia.³ Entre comillas, porque la pena (su estudio) no es una “ciencia”. Es una técnica del poder estatal.⁴ Como toda “técnica” no deja ver con facilidad sus propios objetivos falsamente presentados como “técnicos”, impolutos, presentados como puramente “apolíticos”. Sin mácula. Como “científicos”. Precisamente es el desarrollo de la “técnica”, como advierte Zygmunt Bauman, el que condujo al Holocausto.⁵ Allí también se puso en evidencia una forma de pensar y desarrollar el “saber”. Una forma de organizar el conocimiento.

Puede sostenerse incluso que el concepto mismo de “derecho penal” es un oxímoron, es una contradicción en los términos (la disciplina misma es una

3. Misma posición que sostienen autores como Mario Bunge, que también dedican duros argumentos al rol dogmático del positivismo en la ciencia.

4. Frankenberg, Günter, *Técnica Estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el Estado de Excepción*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.

5. Por eso no es una casualidad que esto haya sucedido en Alemania, un país con un gran desarrollo de la técnica instrumental. En un país con tanto progreso, tan avanzado en tantos aspectos.

contradicción estéril, no un “campo” de “estudio”, un “campo” mal fundado, el error mismo estaría incluido –como presupuesto– en el fundamento de lo que se “estudia”, de lo que se propone o se da por sentado como “estudio”) porque donde hay “pena” no puede haber en rigor (y de hecho en la práctica, como se ve en las cárceles de la región no hay)⁶ derecho alguno, no hay

6. “Las cárceles serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”, reza nuestra Constitución. Esta diferencia (entre el idealismo y el realismo, como advierte Zaffaroni, entre el deber ser del derecho y su “ser” concreto) entre lo que las cárceles deberían ser y lo que de hecho las cárceles “son” (diga lo que diga el Derecho en la Facultad), entre lo que promete la Constitución argentina, entre lo que promete el Derecho (“penal”) y lo que las cárceles “hacen” en la realidad, una vez que se sale del aula (su inhumanidad intrínseca, su crueldad, su violencia constante, su degradación estructural, la cárcel como institución no tiene nada de “sana”), es la que termina deslegitimando la pena en dos sentidos diferentes. El primero, interno, porque la pena no logra sus objetivos “presupuestos” declarados y explícitos: resocializar, reeducar, reintegrar a las personas (como advierte Massimo Pavarini en su libro *Un arte abyecto, ensayos sobre el gobierno de la penalidad*). El fracaso de todas las teorías “re” le quita legitimación “práctica” y simbólica al castigo: castigar “no sirve”. No logra “nada”. Al contrario, empeora a las personas, agrava los cuadros de exclusión (que en principio viene a solucionar el castigo...), violencia y delito: las cárceles son, para peor, escuelas del “crimen”. El sentido instrumental del “castigo” en la sociedad de la razón instrumental, como advirtió la Escuela de Frankfurt, aproxima estas lógicas a los campos de exterminio, como advierte también Bauman en su libro *Modernidad y Holocausto*, y como más actualmente afirman Zaffaroni y Alagia (y también la actual escuela de Frankfurt en el mundo del derecho penal, la más crítica de Alemania). El segundo es el objetivo latente o simbólico: disciplinar a la sociedad, ejercer algún tipo de “control” sobre ella. Este segundo aspecto es sin embargo un objetivo no “asumido” (como legítimo, como propio, no declarado) por el propio Derecho Penal, o como un objetivo propio y digno de la disciplina. Los presupuestos del derecho (penal) liberal moderno descansan en la filosofía de la Ilustración, una filosofía bienpensante, “progresista”, (basada en la idea de libertad como base del progreso, donde el castigo es la “última ratio”, la “excepción”, y no la “regla”) que parte del individuo como sujeto dotado de razón. El “control” constante –el “temor” al castigo como única o principal “razón” de conducta– no es un argumento especialmente reconfortante para el sujeto “libre” y racional y elevado por sobre los animales y la naturaleza (el sujeto cartesiano) de la Ilustración. Habla mal del “sujeto”. De allí que aparezca en Hegel (un retribucionista) una crítica al sujeto “mezquino” y egoísta; y al mismo tiempo una alabanza y una loa al Estado como único agente que puede trascender las mezquindades del individualismo. Al “individuo” mismo en cuanto tal. Eso a su vez se observa en los estilos arquitectónicos empleados en los tribunales y facultades de derecho, incluso en nuestro país: el gigantismo expresa esta necesidad de “empequeñecer” al individuo frente a la enormidad del

derecho (y en consecuencia, no hay ya “derecho penal”, no hay “ciencia” alguna); o hay pena o hay derecho, pero no ambas: el derecho (los derechos “humanos”) y la pena, como se ve en este libro, no se complementan, se contradicen. La pena contradice el (y contradice al) Derecho. La pena y el Derecho se excluyen. No se pueden defender al mismo tiempo. No se necesitan. Caminan en direcciones separadas y antagónicas. Donde crece el Derecho, decrece la pena y viceversa. El saber de la pena no es un saber especial ni un saber de especialistas. Pero precisamente se presenta como tal: como una “especialidad”. Por eso mismo no puede esperarse de la doctrina penal “una relación amistosa con las ciencias humanas y menos con el humanismo. Al contrario, la doctrina de la autoridad punitiva, entre todas, probablemente sea la más negada a los datos de realidad y, en los pocos casos en que una imagen del hombre o de la sociedad se hace inevitable, el derecho penal no tiene reparos en elegir la más conveniente con la idea dogmática de que sin castigo no hay sociedad humana posible, aunque mejores conocimientos lo contradigan”.⁷ Si el objetivo esencial es reducir el sufrimiento humano, debe ponerse en cuestión también la cultura punitiva liberal. También deben ponerse en cuestión, como quiere Wolfgang Naucke en Alemania, en Frankfurt, eso que aún hoy se presenta como un hallazgo: los albores de la legalidad moderna.⁸ El “aligeramiento” (“humanista”) de las penas evitó ver el error que, al fundar el derecho penal, al fundar-justificar la pena (incluso mientras le ponía “límites”), cometía o cometió el liberalismo.

El concepto mismo de derecho penal, pues, nos parece un oxímoron: una contradicción en los términos. Porque donde hay pena no puede haber nunca (un) “derecho”. Entonces no es correcto, no es posible, hablar, en el

Derecho. A su grandeza, su pureza. Su trascendencia. Su peso rotundo. Frente a eso el individuo, cada individuo, es por sí solo insignificante.

7. P. 16.

8. De allí las críticas de Wolfgang Naucke a autores como Anselm von Feuerbach, estandarte de la teoría de la coacción psicológica (*Psychologischer Zwang*) y artífice del principio de legalidad en Alemania. Naucke, W., “Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs”. In *Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*. Nr. 3, Hamburg, 1962. También Alagia en este libro cuestiona el “aligeramiento humanista” (p. 162) de las penas, evidenciando que no fue un cambio de cosmovisión concreto sobre la pena misma. Al contrario, el “aligeramiento humanista” terminó consolidando lo que debía ser problematizado y discutido. Puesto en cuestión.

siglo XXI, después de todas las experiencias acumuladas, de los fracasos evidentes, los sufrimientos, las torturas (como afirma Masimo Pavarini),⁹ el fracaso de todas las teorías “re”, de un “derecho penal”, porque donde hay pena (hemos aprendido, sabemos bien que) no hay –no puede haber ya, hablarse de– “derecho” alguno, o tenemos “derecho” o tenemos “pena”, por eso es un oxímoron hablar de un “derecho penal”. Son dos términos que no van juntos, van siempre separados. No se condicen. Se oponen. La pena excluye al derecho. Y los derechos de las personas excluyen toda “pena”. Todo sufrimiento. Toda violencia institucional. Todo castigo. Todo encierro. Toda opresión.

Las cárceles no funcionan por otro lado como “deberían”. No se trata del (halagado) “deber ser” –que proclaman nuestras Constituciones– sino solo del “ser” del derecho, como denuncia lúcidamente Zaffaroni en el primer tramo de su libro *Crímenes de Masa*.¹⁰ No importa tanto, en el siglo XXI, lo que el Derecho promete: importa solo lo que el Derecho hace.

Como quiere el pragmatismo, que reemplaza la noción de verdad por la noción de “consecuencia”, se trataría de poner sobre la mesa no lo que el Derecho promete o dice que hace, sino de lo que el Derecho hace en concreto. Esa sería su única “verdad”. No habría otra mejor. La consecuencia es más importante (más realista) para el Derecho que la noción de Verdad. No importa lo que el Derecho “promete”: importa solo lo que el Derecho hace con esas promesas. Y lo que hace es muchas veces todo lo contrario de lo que nos “promete”. No reeduca. No rehabilita. No cura. No integra. No mejora: sencillamente –y solamente– hace sufrir. Sin sentido.¹¹ Pero tampoco sería legítimo si lo tuviera. En ninguno de los dos casos. No importa cómo las cárceles deberían funcionar: lo único que importa es, para el teórico pragmático, cómo las cárceles, tan inhumanas, funcionan de hecho, digan lo que digan (prometan lo que prometan) los manuales y los profesores de derecho.¹²

9. Pavarini, M., *Un arte abyecto. Ensayos sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

10. Zaffaroni, E. R., *Crímenes de Masa*. Buenos Aires, Madres de Plaza de Mayo, 2010. En este libro, Zaffaroni cuestiona el idealismo.

11. Pavarini, M., *Un arte abyecto. Ensayos sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.

12. No en vano cuestiona M. Bakunin el lugar del idealismo en las disciplinas (ciencias)

Funcionan imponiendo, sin ningún sentido, y sin ningún miramiento, el más descarnado y cruento dolor. Y todo este sufrimiento (toda esta tortura) lo único que hace es acrecentar las cuotas de violencia que ya existen, como advirtió Antifonte hace más de 2500 años en la Grecia Antigua, en la sociedad. El derecho “penal” –la Pena que no es Derecho– termina en consecuencia acrecentando y no mitigando la violencia que ya existe. Curioso “objetivo” para un “derecho” penal. Aumentar la violencia: no disminuirla, sino hacer que esta (que en los papeles el Derecho dice que viene a disminuir) crezca. Esta contradicción de fuego (no atacar nunca las consecuencias de la violencia social: las consecuencias de la desigualdad y la injusticia, sino reforzar con castigos la violencia, esto es, la desigualdad y la injusticia que ya existe) es la contradicción (la injusticia “difícil de ver”, primera, fundante) de una disciplina que, como dijimos al comienzo, está mal nombrada. Falla desde el comienzo: falla desde la denominación. Falla desde el nombre. Desde su nombre mismo persiste en un equívoco. La contradicción primera está en el nombre mismo de este mal llamado “campo” de estudio: donde hay “pena” no puede haber (no ha habido nunca) un “derecho”. Ha habido lo contrario de derechos. Ha habido derechos (hombres y mujeres) conculcados, torturados, expuestos, encerrados, oprimidos, degradados, vejados. Entonces todos los abogados que nos dedicamos (independientemente de la postura que profesemos, más crítica o menos crítica) al “derecho penal” hacemos de esta contradicción, de este oxímoron, (de esta falsedad, de esta mentira, de esta falsa promesa, de este falso “campo”, de esta promesa jamás cumplida de “reintegración” a la sociedad), nuestro “oficio”.¹³

sociales como el Derecho (Bakunin, M., *God and the State*. Revised edition, Dover Publications, New York, 1970). El idealismo supone a su vez la necesidad imperiosa de contar con profesionales “mediadores” (abogados, curas, políticos “representantes”) entre esta realidad (pedestre) y el mundo “ideal” del conocimiento humano (accesible a unas pocas mentes “mediadoras”, poetas, curas, etc.), que sería –contra lo que postula el pragmatismo– el mundo más “verdadero” (el mundo más platónico, el más ideal, el mundo –aunque Platón no emplea ese término– de las “ideas”). Para el pragmatismo, la verdad no estaría en los libros (ni en los mediadores, curas, profesores, religiosos, filósofos, etc.) sino fuera de ellos.

13. Esto es lo que precisamente le imputa Wolfgang Naucke en Alemania (representante de la Escuela de Frankfurt, la más crítica del derecho penal actualmente en Alemania, junto a otros autores juristas como Klaus Günther, Fabricius, Prittwitz, entre otros) a Anselm von Feuerbach, padre del principio de legalidad moderna: haber puesto las bases

En el primer capítulo (“El mito de la pena inevitable”) el autor hace un recorrido crítico por la historia del derecho penal argentino, comenzando por el *Tratado de Derecho penal* de Sebastián Soler. Como contrapunto se destaca la figura de Eugenio Zaffaroni, que bajo la influencia de la nueva criminología o criminología crítica introduce el poder punitivo como objeto de conocimiento crítico del derecho penal, no como simple e impoluto “pre-supesto” técnico. “Nacía con ello una doctrina penal que, fundada en datos

“legitimantes” (bienpensantes, que nos habrían liberado en principio de los horrores del Antiguo Régimen) de algo que nunca debió haber sido en rigor legitimado ni justificado (por el liberalismo): la pena. Misma crítica que hace Zaffaroni al historial del liberalismo en el Derecho penal, al “liberalismo jurídico”. Este había sido su error fundamental y primero: haberle buscado una justificación –una “meta” (un sentido)– a la pena. Justificarla poniendo “límites” (y fijando supuestos “objetivos”, mientras se le ponen “límites”) que en ningún momento la pena respeta. Objetivos que la pena nunca buscó. La pena nunca buscó (y por eso nunca logró) “resocializar” personas (Scheerer, Sebastián, “Hacia el abolicionismo”, en AA.VV., *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989). Esto abarca no solo las cárceles latinoamericanas, donde imperan el hacinamiento, la violencia, el hambre, la desolación y la tortura (digan lo que digan nuestras constituciones, “las cárceles serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”) sino también en las cárceles más “civilizadas” de Europa, donde impera la llamada por Zaffaroni “tortura blanca”. Y eso trasciende la “teoría agnóstica de la pena” pregonada por Eugenio Zaffaroni, asumiendo que esta es un “hecho del poder” con el que debe “contarse”. La pregunta es cómo, desde qué cosmovisiones, puede el Derecho (mal llamado “penal”) luchar contra eso mismo que lo destruye pero que el derecho penal lleva “inscripto” en su ADN, en su nombre mismo: la pena. El sufrimiento. El dolor. La violencia legitimada y perpetrada por el Estado. Un Derecho no penal (o como afirma Zaffaroni en sus últimos trabajos “un derecho penal no inhumano”, menos “inhumano”, más “humano”) es un derecho que debe restablecer el valor del cuestionado “garantismo”: el valor de las “Garantías” de los “delincuentes” que también deben tener “derechos” (y “humanos”), aunque ciertos discursos –demagógicos, imperantes en la región– sostengan lo contrario: la deshumanización. El derecho (“penal”) no puede ser funcional a discursos que deshumanizan continuamente a determinadas personas o grupos. La deshumanización es el primer paso: luego se tolera “todo” (torturas, linchamientos, hacinamiento) lo que se hará a esos grupos que ya fueron previamente deshumanizados (en medio de discursos que cuestionan el “garantismo”, despojados de todo derecho y de toda garantía, despojados, en suma, del debido proceso, de su rasgo de personalidad, de su carácter de personas, de fines, no de meros “medios”), a esas “no personas” (Jakobs). El derecho, tampoco el derecho producto de la modernidad y el humanismo, debiera ser funcional a esto. Tampoco la modernidad es compatible –en ningún concepto– con un derecho de “enemigos penales”. El “enemigo” no tiene derechos: las personas siempre los tienen o deberían tenerlos.

de realidad, en lugar de legitimar la organización pública de sufrimiento, tenía como meta –para ganancia de la posición del jurista– reducir el trato punitivo irracional: el peligro para la co-existencia humana no proviene del delincuente ni de su delito, sino de la reacción estatal para combatirlos”. El trato punitivo genocida no es en esencia ni en sustancia diferente del trato punitivo habitual del derecho de la pena. La “guerra al delito” hace un llamamiento (en contra de las garantías y de los “derechos humanos de los delincuentes”) que comparte la esencia y la estructura (deshumanización, castigo-reforma, eliminación de un “peligro”, sacrificios para que la parte buena de la sociedad pueda vivir) de cualquier genocidio.

El “mito de la pena” para que exista sociedad (para que exista civilización) es el mito central que cuestiona Alagia en su trabajo. El mito de la pena para que exista “cultura” puede agregarse también, porque desde las bases de la Antigüedad, desde la polis presocrática, está la idea de que la pena (el sufrimiento impuesto) no solo sirve para “corregir” sino que ayudaría también para “educar” (sobre todo para “aprender”, para *aprehender*) a las personas.¹⁴ Para disciplinar pero también como recurso de “formación”, de educación.

En este sentido, puede realizarse una consideración sobre el concepto de *pathei mathos* en el teatro de Esquilo, por su relevancia para comprender las raíces de la cultura punitiva. El concepto de *pathei mathos* (*pathei mathos: durch Leiden lernen*, aprender a través del sufrimiento, “conocer” a través del dolor: así se justificaba la tortura, así se sigue justificando, aún hoy, la “pena”) presente en el teatro griego de la Antigüedad, en las tragedias griegas en el teatro de Esquilo– es el concepto central, todavía hoy –aunque no se lo explicita, aunque no se lo entienda, aunque muy pocos abogados, incluso muy pocos teóricos del derecho penal lo conozcan– de su disciplina misma. El *pathei mathos* es la base oculta, el fundamento jamás explicitado del derecho penal, del (en nuestra opinión, mal llamado) “derecho de la pena”. Es el argumento final (latente) en nombre del cual se “tolera” (cuando no se justifican abiertamente) aún hoy las torturas, las cárceles inhumanas, la violencia institucional (“a ver si así aprenden”, “alguien les tiene que enseñar”, a estos tipos chorros y delincuentes “solo falta que alguien les sir-

14. De allí la ambigüedad elocuente del término disciplina. Sus dos acepciones.

va el café y les traigan el diario”)¹⁵ en el país, en la región y en el mundo.¹⁶ Las críticas al garantismo tienen el *pathei mathos* como presupuesto final, como basamento. Conocer a través del dolor. Sufrir como única forma de ser educado-disciplinado. Aprender significaría siempre “sufrir”, (disciplinarse... con las “disciplinas”, ser obediente) mediante el castigo-sufrimiento, el castigo como “reforma”.¹⁷ El castigo como “cura”. Como elevación, como “crecimiento”. Como “re-integración” a la sociedad.¹⁸ Como una forma de “aprendizaje”.¹⁹

Ya un presocrático hedonista (utilitarista, naturalista y hedonista) como Antifonte puso en cuestión la idea misma de la pena. Antifonte cuestiona la pena (el castigo) por aumentar la cadena de violencias que ya existen en una sociedad, incluso cuando el castigo fuera (pareciera) “justo”, supone siempre un aumento del dolor y la violencia. En consecuencia, en su visión naturalista, todo castigo es injusto. Antiutilitario, aunque se castigue a un

15. Este lenguaje coloquial referido a la punición, estas expresiones “comunes”, coloquiales, tan repetidas, son simbólicas. Dicen mucho (como cuando durante la última y sangrienta dictadura militar en Argentina se imponían frases como “no te metas”, “de eso no se habla” o “algo habrán hecho”).

16. Porque hay una rehabilitación judicial de la tortura, como advierte Judith Butler, con preocupación, en Estados Unidos. Véase Butler, J., *Violencia de Estado, guerra, resistencia. Por una nueva política de la izquierda*. Buenos Aires, Katz, 2011.

17. No muy distinta de la vinculación entre los conceptos de dignidad y de castigo en Hegel. El castigo no “dignifica” nunca a las personas. En rigor, no se las castiga porque sean (ni para que sean, lleguen a ser) un poco más dignas. El castigo –de hecho, como de hecho funciona en las cárceles cotidianamente– tiene muy poco que ver con la “dignidad”. Al contrario, presupone y se dirige hacia una degradación de la persona.

18. Albrecht, H. G. *et al.*, *Bausteine zu einer Ethik des Strafens: philosophische, juristische und literaturwissenschaftliche Perspektiven*. Würzburg: Ergon Verl., 2008.

19. Esto mismo refleja Franz Kafka en su célebre cuento *En la colonia penitenciaria*, cuando La Rastra –esa maquinaria de tortura y ley admirada y administrada por los funcionarios– “escribe” la condena en el cuerpo mismo del condenado, en su espalda, mientras se retuerce, para que este “aprenda”, para que finalmente “vea”, antes de morir (para que sufra). Para que La Ley se inscriba (entre en su cuerpo) con dolor. Para que se aprenda a través del sufrimiento. “La letra con sangre entra”, rezaba un proverbio en la Edad Media. Finalmente el condenado ve, llega un momento de la tortura y el suplicio en el que el condenado maniatado ve, afirma extasiado el funcionario que maneja la máquina de castigo. Se nota –el efecto del castigo– en sus “ojos”.

“culpable”. Porque todo castigo (aunque se castigue a un culpable) supone el incremento de un dolor. Un incremento de la violencia presente. Por eso Antifonte recomendaba nunca testificar en los procesos judiciales, incluso cuando se testificara contra un “culpable”²⁰ de un delito. Porque toda pena –todo proceso– conduce a un dolor (nuevo) y todo dolor es –supone, representa– una injusticia, no está justificado. Un aumento del dolor, un incremento de males. Y el Derecho debería tender siempre a su eliminación, nunca a su incremento. La pena no sería en consecuencia un “salto civilizatorio”. Al contrario: significaría siempre un retroceso.²¹ El camino sería tender a una desarticulación progresiva de la violencia. No a una prolongación del dolor a través de penas que esconden siempre venganzas y sacrificios.

“Es la venganza primitiva del salvaje irracional lo que para Soler impide el pasaje a la sociedad civilizada por efecto del estado permanente de guerra de todos contra todos.” Alagia cuestiona precisamente que se sacrifique la aspiración, nunca abandonada del todo por el penalista, de hacer del derecho penal una disciplina científica, en aras de la ficción de que el trato punitivo es constitutivo e inherente a la sociedad “civilizada”, que sin pena –sin castigo– la sociedad “civilizada” no puede sobrevivir. Reinaría la anarquía. La disolución de la sociedad.

Alagia reivindica en su trabajo la importancia del enfoque etnológico. De este modo cuestiona la pena como todo lo contrario de un “salto civilizatorio”, como fue presentada (y aún es presentada) por la doctrina penal. La pena no es estandarte de civilización alguna. No es ni representa un salto frente a “lo primitivo”. Antifonte, como vimos, invierte precisamente este mito (la pena como base de la sociedad civilizada) y sostiene que la pena produce esto que nuestras sociedades pretendidamente más civilizadas y evolucionadas quieren evitar (con la pena): que aumente la violencia en la sociedad. De allí la aproximación crítica de Alagia y Zaffaroni, que piensan y presentan al poder punitivo como un elemento central de todo genocidio, es decir, en el poder punitivo estaría ya presente la pulsión que conduce

20. Bieda, Esteban E., “Antifonte Sofista: un hedonismo naturalista”, en *Revista Methexis* XXI, 2008.

21. La Rastra en el célebre cuento de Kafka *En la colonia penitenciaria* refleja, como dijimos, esta idea de la pena con su “inscripción”, con su “mensaje”. Con su “saber” que se inscribe en los cuerpos. Con su “aprendizaje”, que se graba en la piel, de donde nunca más podrá ser borrado.

y produce masacres. Y esto es lo que debe combatir la doctrina. La pena no produce la eliminación de la violencia en la sociedad, sino su concreción e incremento más bárbaro e irracional. Al legitimar la pena, se abriría la puerta al genocidio. Nos exponemos a nuevos peligros. Existiría, con la pena legitimada, una masacre latente. Y este fue el error del liberalismo en el Derecho. Legitimar imitando, justificar las penas a la vez que, con diversos argumentos, trataba de aligerar su peso. Este movimiento “humanista” en las penas encarna en el fondo una contradicción del –y en el– propio Derecho. No se puede aligerar una pena. No se la puede humanizar, volver más suave.²² Existe un solo camino de humanización y libertad: la erradicación de la pena, del Derecho que aún hoy hace sufrir.

Detrás de la idea de pena está siempre presupuesta, como creía Antifonte, y como cree Alagia, la idea de una venganza. La pena es siempre un sacrificio (el desafío del Derecho es pensar sacrificio de qué, de quiénes, y ante quién y por qué seguimos con estos sacrificios, por qué seguimos sacrificando, por qué el Derecho aún hoy “sacrifica” personas). La pena es siempre un sacrificio: es siempre una venganza. Como afirma Antifonte: la pena siempre aumenta la cuota de violencia que existe en una sociedad, jamás la disminuye: por eso es un mal, no un bien. Y los males deben evitarse, no justificarse. Es contradictoria la idea misma de un Derecho *penal* que promueve y reproduce y legitima “el mal”, (la pena) legitima y justifica y defiende “males”: penas. Más violencia y no menos. En el medio plazo la tarea del derecho *penal* es erradicar todas las penas, de modo de erradicar la violencia, la selectividad: el sacrificio. El camino antagónico a la pena existe y es la generación de mayor igualdad.

En el capítulo segundo, precisamente *Sacrificio y pena*, el autor analiza esta vinculación a partir de la obra de Tobías Barreto. La relación de pena pública con sacrificio humano. La presentación del castigo, en suma, como un fenómeno irracional de la política. Detrás de la idea de sacrificio aparecerá más adelante la idea de vulnerabilidad social: los vulnerados son luego –y son ya– sacrificados por la sociedad. El autor muestra “la semejanza del

22. Por eso Zaffaroni advierte contra las formas de la “tortura blanca”, esto es, la posibilidad de que existan “cárceles sanas y limpias”. La opresión, la vejación, la degradación de las personas no desaparecen de la estructura de sometimiento, por más sanas o limpias que fueran las cárceles.

sacrificio con la selectividad penal. Las víctimas sacrificables son seres que pertenecen muy poco a la sociedad”.²³

La filosofía política clásica opone a la venganza privada ilimitada (salvaje), la pena pública civilizada, que termina en manos del Estado. Así se genera el mito de la inevitabilidad de la pena pública para que exista sociedad, para que exista la civilización. Contra este mito escribe Alagia. Contra este mito apela a la etnología, que mostraría cómo las sociedades más primitivas (así llamadas por las sociedades etnocéntricas) son en muchos aspectos mucho más “evolucionadas” y menos violentas (más civilizadas) que la mal llamada y autodenominada “civilización”.²⁴ Con la pena habría aumentado la violencia. Todo el libro de Alagia se dedica a cuestionar este presupuesto: el presupuesto de la inevitabilidad de la pena. Este imaginario es falaz: la pena no corta este círculo (de venganza ilimitada), como muestra Antifonte, lo reproduce por otros caminos, que es distinto. Muchas veces lo agrava. El sacrificio, inherente en toda pena, continúa en la civilización. Tenemos una civilización que todavía sacrifica.²⁵

La pena no evita entonces la disolución de la sociedad, como cree aún hoy gran parte de la doctrina. La convicción de que esto es así (este presupuesto, analogable al de “contrato social” como paso a la civilización en la filosofía política) es uno de los mitos contra los cuales, entiende el autor, debe luchar el Derecho.

Siempre está presente en la doctrina esta oposición entre la “sociedad primitiva” frente a la sociedad “civilizada”. Este recorrido etnológico que propone Alagia termina produciendo una inversión entre lo que consideramos “primitivo” y lo que consieramos “civilizado”. Porque al final del libro nos damos cuenta que en rigor la pena no civiliza, no representa en modo alguno (el paso a) la civilización. Al contrario: la pena nos expone a peligros mayores, a masacres estatales, como afirma Zaffaroni, a grados impensados

23. P. 59.

24. Con su enorme y peligroso desarrollo de la técnica, agregaría Bauman, una técnica que termina tratando también al hombre como un instrumento, como un “recurso”. Como una cosa. La cosificación de las personas es parte del tratamiento moderno de recursos en fábricas de trabajo, en “campos industriales”.

25. Y qué otra cosa sino esa (un sacrificio) es la Rastra en el cuento de Kafka; la inscripción de la condena en el cuerpo esconde y representa siempre un sacrificio.

tiempo atrás de barbarie, de genocidios, de “fábricas de la muerte” (en la expresión de Horkheimer), o de “jaulas de hierro” (Weber), a nuevos campos de opresión y disciplina. Es la pena en rigor (como se muestra en la oposición entre ambos tipos de sociedades) en realidad la que termina amenazando con disolver a las sociedades igualitarias más primitivas. La igualdad –una sociedad de iguales– es la única civilización posible donde la pena no tiene nunca un rol protagónico. Primera idea: donde hay pena no hay –no puede haber– igualdad. Segunda idea: la pena trabaja sobre la selectividad de lo que ya a través de la sociedad fue marginado. La pena agrava entonces una desigualdad y una injusticia. Legítima la violencia (y la desigualdad, que es violencia) que ya existe,²⁶ no la aminora.

La etnología sirve al autor para desarticular falsas oposiciones, como la falsa oposición (sobre la que se edifican mitos como el de la inevitabilidad de la pena en la sociedad moderna) entre un pueblo “salvaje” y un pueblo “civilizado”. La pena no es en modo alguno un avance en la civilización humanista. Es un profundo retroceso. Y una exposición a peligros mayores, cuyo origen, conceptualmente, como advierte el autor, se invisibiliza en la doctrina. Se enmascara. La doctrina muchas veces es cómplice de este ocultamiento. No solo no lo denuncia, no lo critica: lo enmascara para seguir con la ficción de un saber penal –el saber del castigo– como un saber de especialistas y profesores. Especialistas en “castigo”, especialistas en castigar. Especialistas, como el funcionario embelesado de la Rastra de Kafka, en *hacer sufrir*.

El autor escribe en los distintos capítulos (*Filosofía de la Violencia, Servidumbre Punitiva, Vulnerabilidad sacrificial, Fantasmas genocidas*,²⁷ donde analiza el caso argentino, *Goce punitivo*, títulos subsiguientes de su trabajo que hablan por sí solos) contra los dogmas del derecho penal. Para concluir con sus propias palabras: “Con el descubrimiento de formas sociales de vida que ante el conflicto interno emplean normas de intercambio y reparación, en las que el castigo es excepcional, queda demostrado que el castigo no es condición para que la sociedad sea posible,

26. No muy distinto es lo que se sostiene dogmáticamente dentro del marxismo sobre el lugar superestructural (de opresión de clase) del Derecho, que recubre (como el arte y la religión recubren) la desigualdad que genera la economía. Es decir, la injusticia, la desigualdad, la vulneración, la exclusión. El no-derecho.

27. El autor también analiza –en el marco de una crítica a las “masacres estatales”– el terrorismo de Estado en Argentina (1976-1983).

lo que constituye una herida irreparable para el dogma penal”. La doctrina penal, si fuera honesta, tendría esa misión primera que menciona Alagia: la misión de luchar contra los dogmas del derecho penal. Contra el primer dogma de todos, que es el dogma de la Pena. El de la pena como un salto civilizatorio inevitable. Insustituible. Como un mal necesario.²⁸

El autor analiza la evolución de la domesticación social civilizatoria como parte del avance de la vulnerabilidad social. El avance de la técnica, simultáneamente, presupone el avance del tratamiento de los hombres (vulnerables-vulnerados) como recursos. El avance de la domesticación y el desarrollo de la técnica no son avances separados. El autor analiza históricamente “las primeras experiencias de enjaulamiento punitivo” (vinculadas al avance de la agricultura), también las tendencias de “cercamiento” (propiedad) que van de la mano del auge de la apropiación de los medios de vida y el estado punitivo. El crecimiento de la “pena” va de la mano del crecimiento de la propiedad. La represión y la necesidad de poner “orden” van de la mano de los “cercamientos” y “enjaulamientos” que privan a enormes porciones de la población de los recursos más elementales, de sus medios

28. Porque la pena es un mal, no es nunca un “bien”. Es un mal que se “legitima” porque se lo presenta y se lo piensa como única garantía de la vida en sociedad. Como un mal necesario. Sin ella, cree gran parte de la doctrina penal, la sociedad misma no sería posible. No sobreviviría. Se disolvería. Reinarían la inseguridad, el temor: el caos (no muy distinto de los argumentos que se esbozan actualmente contra el garantismo, contra el discurso de las garantías civiles. No deja de ser preocupante que en muchos países de América Latina se estigmatice a los jueces “garantistas”, es decir, solo a aquellos que, como afirma Ferrajoli, se apegan estrictamente a lo que afirma la Constitución, que en el caso argentino es “garantista”, y no al revés, a los jueces antigarantistas, arbitrarios, que se separan abierta y peligrosamente de la legalidad en sus fallos, a estos se los presenta como jueces independientes. Lo notable y cuestionable es que se celebre, en nombre de la propia Constitución, lo segundo y no lo primero. Esta inversión no es casual, presentar lo inconstitucional como más republicano y correcto, representa y esconde a la vez la erosión gradual, constante, a la que está sometido el principio de legalidad en América Latina, donde crecen abiertamente la tortura y la represión “sin garantías” en nombre de la lucha al “delito”, de la “guerra al crimen”: las garantías son presentadas en esta guerra –en este genocidio por goteo, como advinó Zaffaroni, también Elías Carranza en 2014– como un escollo, como un discurso “a favor de los delincuentes”, de los “derechos humanos de los delincuentes”; la crítica al garantismo no sería casual, entonces, en este crítico contexto regional). Por eso, la pena sería un mal, nadie lo niega, pero un mal legítimo en tanto representaría “un mal necesario”.

de vida, de su propia subsistencia.²⁹ El crecimiento de la dependencia va de la mano –la vulnerabilidad humana– del sacrificio. De los grupos que son sacrificados, penados, elegidos para el sacrificio como chivo expiatorio.³⁰ Esta “selectividad” (penal-sacrificial) sobre los grupos ya de por sí económica y socialmente y culturalmente vulnerados configura un fenómeno estructural que se mantiene inalterado hasta nuestros días. La doctrina penal sin embargo no suele exponer estas tensiones inherentes. Suele negarlas.

“Lo importante en este velamiento no es lo que la pena no hace ni jamás podrá hacer, sino lo que hace y la doctrina oculta: que la población debe resistirse a la fuerza de los datos de realidad y obstinarse en una ilusión.”³¹ La ilusión de que hace falta penas –es decir, un trato cruel, inhumano y degradante– para vivir en sociedad. Este es el dogma que, según Alagia, debe ser desterrado. No harían falta penas, sino mayor justicia, mayor igualdad. Otros caminos, que a menudo son tildados desde la pretendida sociedad “civilizada” como formas de vida más “atrasadas”, menos “modernas”. Se trataría, en suma, de visitar el atraso, de pensarlo otra vez, de pensar la historia de colonización, genocidios, expoliaciones y torturas y masacres (gestas del “progreso”) que están debajo de la sociedad civilizada actual.

La expropiación del conflicto, a su vez, se vincula a la evolución (civilización) del Estado: “Víctima y reparación se borran con la destrucción de una sociedad de iguales”. Esa sería la sociedad que habría que reconstruir: una sociedad donde la reparación volviera a ocupar el lugar que hoy ocupa la pena: en modo alguno la pena ocupa un lugar –como proclama el derecho– de solución de *ultima ratio*. Al contrario, los índices de prisión preventiva –presos sin condena por su “peligrosidad”– revelan que la pena sigue siendo la primera alternativa, no la última. En rigor, es la única solución que parece encontrar y ofrecer nuestro Derecho: castigar parece ser el único camino, hacer sufrir.

29. Menéndez Pelayo emplea, en su trabajo *Las transformaciones del Estado moderno*, el concepto de “procura existencial”, que toma del jurista alemán Forsthoff. Se busca designar con este término el amplio espectro de necesidades que el individuo no está en capacidad de atender efectivamente por sí solo, requiriendo por ello de la asistencia del Estado, del cual depende para sobrevivir.

30. Nussbaum, M., *El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, repugnancia y ley*. Buenos Aires, Katz, 2007.

31. P. 132.

Hecho paradójico: nunca en la historia humana la pena pública rescata a la sociedad de la violencia. El derecho penal está cargado de estos hechos paradójicos, de estas paradojas que requieren algún tipo de explicación. Este libro intenta darlas, desde la comparación primitivo-civilizada, mostrando en todo caso por qué la pena es un signo de atraso y no de civilización. Todo este libro está cruzado, como se dijo, por un análisis de “esta presencia fantasmal y terrorífica de lo primitivo”.³² La pena pública concentrada y legítima vendría a ser la falsa línea de demarcación que separaría un mundo (el mundo civilizado) del otro. La pena, paradójicamente, que aumenta y reproduce la violencia y expande el dolor, sería el signo del paso a la “civilización”. A la entrada en la “historia” (porque hay pueblos sin historia), como escribió Hegel, que pensaba la retribución y el castigo como un signo moral de dignidad para el “castigado”. Habría que ser digno del castigo.

Toda pena es sacrificial. Toda pena es, esconde y representa un sacrificio. El derecho penal de autor, la idea de enemigo absoluto, son cuestionados por el autor como parte de una crítica mayor y más abierta al derecho penal en sí mismo, como concepto, como campo de estudio, como disciplina.

Franz von Listz afirmaba que el punto de partida de la historia de la pena coincide con el punto de partida de la convivencia social de los hombres. Es decir, no hay –no habría, no sería siquiera pensable, imaginable (y luego deseable, no se puede desear ni buscar lo que no parece posible)– sociedad humana sin castigo. “La pena es un mal que afirma el Derecho”, escribió Mezger. Después de leer este libro de Alagia, la pregunta que queda sobrevolando es por qué no se puede en el siglo XXI afirmar el Derecho sobre un bien. Por qué se tiene que afirmar o seguir afirmando aún hoy el Derecho sobre un mal.

“La cultura jurídica penal dominante vive en el espejismo, presa de lo que la autoridad define como delito en un código o ley penal. Quizá porque resulte perturbador reconocer que el más grave peligro que padecen los humanos no proviene del delito sino de una pulsión genocida que alimenta cualquier tipo de norma jurídica penal.”³³ Terminar con los espejismos requiere doctrinarios críticos como Alagia dispuestos a no negar los datos que aporta la realidad.

32. P. 161.

33. P. 156.

En el Imperio Romano, en el 310, el emperado Constantino, que legitimó el culto cristiano y terminó con su persecución, mandó a abrir una ventana en cada celda del imperio, conmovido por las condiciones inhumanas de oscuridad total del encierro. Sostuvo entonces que ningún hombre merecía ser condenado a la oscuridad total. Todo hombre tendría o debería tener derecho a ver entrar en su celda un poco de luz, un pedazo del cielo.

La ventana que ordenó abrir el emperador Constantino es un símbolo moral para el derecho penal; la misión del derecho (penal) es seguir abriendo aún hoy esa pequeña ventana que mandó abrir hace tanto tiempo Constantino en la Nueva Roma. Es decir, abrir la ventana conceptual hasta que la prisión como tal desaparezca. El encierro de una persona como forma de castigo debería desaparecer: la pena no “repara”. Se opone a toda reparación. No suspende el conflicto: lo transforma en un conflicto nuevo. Degrada a las personas. Y esto es lo que no debe hacer el Derecho: propagar los conflictos, legitimarlos. Debe erradicarlos, no solo “suspenderlos”. Para eso haría falta indagar más profundo en las raíces histórico-sociales de la conflictividad y la violencia. Para eso el autor recurre al psicoanálisis, el marxismo, a la etnología, a la antropología filosófica. La pena es parte del problema, no de la solución.

“La ley penal como condición de posibilidad de lo social es la premisa fundamental de un mito político-jurídico.”³⁴ Este es el mito que debe ser desterrado de la doctrina, la cultura y la sociedad, que hagan falta penas – que hagan falta males, castigos, tortura, dolor, vejaciones, y encierro– para “reafirmar” a la sociedad habla, en definitiva, del tipo de sociedad (tan poco evolucionada, tan poco “civilizada”, tan atrasada) en que vivimos. Lo que Alagia busca en este libro es una respuesta para salir del “círculo sacrificial”.³⁵ El círculo de la pena, como diría Antifonte: porque el castigo no marca un comienzo, nos encierra en un círculo aciago, del que el Derecho (y la sociedad toda) deberían salir. El círculo de la venganza, el círculo del sacrificio, el círculo de la violencia interminable.

34. P. 169.

35. P. 165. En el marco de sociedades igualitarias, sostiene el autor, es más fácil entenderse con intercambios que con castigos. “Es posible que no haya otro camino para confinar trato sacrificial que con una drástica reducción de las condiciones de vulnerabilidad que habilitan la generalización de pulsiones punitivas”.

El trabajo del doctrinario es pensar un derecho y una cultura en los cuales la pena deje de tener, entonces, un lugar protagónico, no sea ni represente la solución unívoca a los problemas y conflictos sociales (que solo termina agravando y profundizando, ya que la esencia de toda pena es consolidar una injusticia previa al delito, no repararla sino agravarla, porque hay siempre una parte de la violencia que no se nombra, que se deja sin nombrar por el Derecho, hay violencias previas, básicas, que los Poderes Judiciales no nombran, no dicen, no ponen nunca en cuestión): vuelva a ser en todo caso lo que hoy no es (y en rigor nunca fue) una solución genuinamente de *ultima ratio*. No la primera y única “solución” posible.

Conclusión: el discurso jurídico-penal es portador del mito de la pena pública para que exista sociedad humana. “Hacer sufrir a alguien o a grupos vulnerables para que la sociedad viva es la creencia detrás de toda idea legitimante de pena.” Este retroceso que algunos llaman civilización tiene su punto de origen en la destrucción de la sociedad de iguales. La pena es funcional a la desigualdad: expresa una violencia que descansa sobre otra: la injusticia de la desigualdad, que es a su vez una violencia no nombrada, “fundante” de varios mitos modernos, que la disimulan (como el del contrato social, etc.). Combatir la pena supone intentar reconstruir una sociedad de iguales. De igualdad, no de castigo. “Desaparece la regla de reparación y toda falta se paga con sufrimiento.”³⁶ En conclusión, la mejor forma de combatir la pena es construyendo mayor igualdad. No de oportunidades, sino de derechos. Construir igualdad supone construir reparación. Y la reparación conduce a mitigar la vulnerabilidad (la vulneración oculta, la selectividad). De este modo desaparecen, con el crecimiento de la igualdad, los grupos que se sacrifican. Los grupos (vulnerados, mal llamados vulnerables) que aún hoy sacrifica el Derecho con la selectividad penal. La selectividad penal desaparece donde la igualdad social se impone como norma.³⁷ Donde hay

36. P. 302.

37. La teoría agnóstica de la pena (Zaffaroni, entre otros) postula la pena como “un hecho del poder” desnudo, al que habría que ponerle límites. Lo notable es que la pena, como afirma Pavarini, ha abandonado, en los albores del siglo XXI, toda pretensión civilizatoria-reintegradora, de resocialización, de mejoramiento, pero aun así sobrevive. Se mantiene pese a que se asume y se sabe y se reconoce que no sirve de nada. Se la conserva aun así como un “hecho del poder” desnudo. Ya no existe el eufemismo de un argumento que la sostenga.

igualdad (ya) no hay sacrificio. El castigo cede a la reparación. La pena es la que expresa el atraso: la pena es la que expresa, en definitiva, la barbarie. Toda pena, en tanto es la expresión y velamiento de tensiones y conflictos no asumidos como tales (nunca resueltos, siempre negados), es una injusticia muy poco civilizada. Un mal que no encuentra justificación, un mal que no tiene sentido, que aumenta la violencia que ya existe en la sociedad, agravando la desigualdad, agravando las tensiones, denegando derechos.

Tal vez merezca recordarse en este marco la llamada (y censurada por la propia Iglesia en un comienzo) “doctrina origenista de la salvación de los demonios”; se debería también tener que salvar a los “criminales” porque todos fuimos –somos– parte de la “creación”, todos actuamos como “parte” de lo que produce la sociedad, todos, creía el pensador Orígenes, teólogo, uno de los genuinos fundadores del pensamiento cristiano (pero de cuya obra gran parte fue destruida después del Concilio de Constantinopla de 553) somos parte de “lo mismo”, lo “uno”;³⁸ la “creación”; en consecuencia,

Pero aun así la pena sobrevive. Y este hecho expresa descarnadamente sus raíces sacrificiales, como afirma Alagia en su trabajo. La pena sobrevive aun así porque en rigor nunca fue otra cosa. Solo eso: solo imposición de un dolor irracional como sacrificio.

38. En otro contexto hoy se habla de la Pachamama, por ejemplo. La tierra no separada del hombre (del sujeto cartesiano que abre la modernidad) como recurso (recursos que el hombre mira desde arriba, desde su superioridad racional), sino siendo uno con él. Un todo con los recursos, la tierra, los animales: todo lo que es o representa cuerpo. Todo eso que la modernidad (el Derecho, la Religión) venía(n) censurando frente a la Razón. La reivindicación del cuerpo en la antropología filosófica posmoderna (el paso del dualismo cartesiano al monismo en autores como Nietzsche o Nancy, entre otros) puede ser un paso –un nuevo camino– en el descubrimiento de nuevas formas de cuestionamiento de la pena. La pena al penar el cuerpo dejaba sin embargo espacio para que el alma razonara, creciera, se arrepintiera, se elevara por encima de esa cárcel corporal, como afirmaba Platón, tan cuestionado en esto por Nietzsche. Esto escondía que tanto el Derecho como la Religión –como la filosofía– no valoraban positivamente los cuerpos encerrados/torturados, el cuerpo finito, que perece, frente al alma inmortal. Los valoraban negativamente. Este desprecio del cuerpo era otro pilar de la punición, otro pilar de la pena, otro pilar de la civilización moderna que se separaba precisamente en su desprecio de lo corpóreo de las culturas primitivas, más salvajes. Pero esto cambió con los giros de la antropología filosófica, que conducen actualmente a valorar y a reivindicar también los derechos humanos de los animales: porque eso que fueron siempre (mudo cuerpo, sin razón) también empieza a ser valorado, a no ser visto ya negativamente. El cuerpo también tiene derechos.

la sociedad (la Iglesia) debe hacerse cargo de todos, de todas las almas, no separando “elegidos” de “demonios”, “bienaventurados” de “criminales” sacrificados, la sociedad debería pues “comprender” a todos en su estructura, en su “salvación”, renunciando a todo sacrificio, a toda “pena” (eterna, terrenal, o sobrenatural); en lugar de generar una ficción de “encierro” “fuera” de la sociedad: todo queda dentro.³⁹ Nada se “separa”. Todo es producto de un mismo orden: lo bueno es inseparable de lo “malo”. Van juntos.⁴⁰ Son dos caras pero la moneda es siempre una sola. Forman parte de lo mismo. No hay “almas buenas” y otras descartables, que no merezcan ser “salvadas”. Este razonamiento de Orígenes, discípulo de Clemente de Alejandría, tan importante en la Antigüedad, no es muy distinto del razonamiento sociológico (en contra de la violencia propagada) de Antifonte. Por dos caminos (uno, el cristianismo; el otro, el de Antifonte, el naturalismo utilitarista) se llega a la misma conclusión: a la necesidad de eliminación de la pena. Para ello encontramos, como se ve, tantos argumentos cristianos como argumentos utilitarios. Sin embargo, como advierte muy bien Pavarini, hace tiempo que la pena abandonó el terreno de la “argumentación”. Hace tiempo que se conserva sin necesitar, para ello, de ningún sentido. Se conserva como lo

39. Este mismo razonamiento comunitario se aplica hoy al modelo social de la discapacidad (que trasciende al viejo modelo tutelar del derecho civil, que trataba verticalmente objetos, cosas, no sujetos con voz propia, con derechos), ya no existen en rigor discapacitados, personas discapacitadas, personas (ni “menores”) con “discapacidad”, lo que existen son solo barreras, que es muy distinto. La barrera es y esconde y reproduce desigualdad, la barrera es injusticia. La barrera no nace con la persona. Es la sociedad la que la impone (aunque se la arrogue a la persona, a la que luego llama falazmente incapaz, discapacitada, como si la barrera naciera con ella y no con la sociedad, no muy distinto es el mecanismo con que opera la pena) en función de criterios de selección, de eficiencia: de “mayorías”, de lo que es o debe ser visto como lo normal (lo útil): de acuerdo a la “norma”. La incapacitación es una forma de pena, de penalizar personas incapaces, que no sirven, que se excluyen, se encierran, o se matan. Se sacrifican porque son “vidas sin valor vital”, vidas sin valor de vida, vidas que “no merecen ser vividas”, como escribió Karl Binding en Alemania, citado por Alagia en su trabajo. La eugenesia, la “incapacidad” y la pena van de la mano.

40. Esta crítica sociológica cruza diversos campos, la salud mental es otro de los más importantes. Lo “sano” no se comprende sin (producir) lo que consideramos “enfermo”. Se producen mutuamente. La modernidad –el desarrollo de la modernidad, como dice Georg Simmel– no es por eso mismo separable, con sus (pretendidos, supuestos) “progresos”, como advierte también Bauman, del Holocausto.

que es: un mero hecho desnudo del Poder. De un poder que sostiene (y se sostiene sobre) una desigualdad. El poder mismo, su existencia (más allá del mito del contrato social, contracara del mito de que sin la pena no puede sobrevivir la sociedad, la “civilización”, la modernidad, el Estado mismo), expresa esa desigualdad. El Estado mismo expresa (por más que fuera un Estado benefactor o humanista) esta primera subdivisión entre soberanos y súbditos, esta primera contradicción, esta primera desigualdad, esta primera “vulneración” de derechos, de “cesión”, de renuncia, de ponerse (para salvarnos de la supuesta guerra de todos contra todos) como de algún modo advierte también Rousseau, en situación de ser vulnerado. De ser penado. De ser sacrificado. Anselm von Feuerbach escribió un *Anti-Hobbes* en Alemania, pero terminó sentando las bases de la legalidad moderna. Terminó justificando (ya que salió del retribucionismo kantiano, debía ponerle “límites” a la pena, de allí la importancia en Feuerbach del principio de legalidad, que se vincula precisamente a su visión sobre la función, misión o “utilidad” de la pena) lo que la modernidad no debiera haber justificado (“limitado”) nunca. La pena no admite límites. Siempre los trasciende. Porque la pena es, como advierte Zaffaroni, también Naucke, y sus colegas de Frankfurt, como Cornelius Prittwitz, como Dirk Fabricius, un hecho desnudo y crudo del poder. Un genocidio latente. Y esto tiene muy poco –realmente nada– que ver con la “resocialización” de una persona.

Existe, como advirtió Naucke a Zaffaroni en un seminario en la Universidad Goethe de Frankfurt en julio de 2014, una sola forma de construir un *menschliches Strafrecht* (un derecho penal más humano, o un derecho penal que fuera menos inhumano) y es construyendo un *null Strafrecht*. Libros como el de Alagia nos muestran crudamente que no hay –no ha habido nunca– en rigor otro camino. Solo uno. Solo ese. Construir un *null Strafrecht*. Construir, en suma, una civilización –y un Derecho– que no hagan sufrir.