

Foucault murió en América

(Poder punitivo, derecho penal y colonialidad)

Prof. Dr. Alejandro Alagia
Universidad de Buenos Aires

¿Es posible una teoría de la pena? En América Latina ganó el castigo la disputa por el dominio del conocimiento en el derecho penal y la criminología. Es el resultado de confirmar la filiación de la pena pública con la vieja y salvaje solución sacrificial como con la moderna práctica genocida¹. Increíblemente, no es una mala noticia. Porque, a) lo irracional en el ejercicio de la soberanía política ordena las disciplinas penales y criminológicas como no lo puede hacer el delito ni el delincuente, b) provee sentido ético a la función judicial liberando a jueces y jurados de una demanda de prevención imposible, c) una teoría de la pena pública tiene origen y desarrollo en latinoamérica como respuesta original e innovadora a la repetición de gravísimas crisis humanitarias que tienen por causa al poder punitivo en todas las etapas del colonialismo.

Durante casi dos siglos el saber jurídico penal y el criminológico en latinoamérica estuvieron subordinados a los temas, doctrinas, teorías y soluciones, pensados por los centros de poder mundial para el problema del delito y el delin-

¹La crisis de imaginación política y académica europea posterior a la guerra y al genocidio detuvo el pensamiento criminológico en el delincuente como una etiqueta institucional y en la prisión como régimen disciplinario. La pregunta olvidada por el castigo reaparece en América Latina a mediados de la década del setenta con la introducción del concepto de *violencia institucional* de origen político, Lola Aniyar de Castro, *Los rostros de la violencia*. XXIII curso internacional de criminología, Maracaibo, 1974, y se consolida irrevocablemente en la primera década del nuevo siglo, Eugenio R. Zaffaroni, *Crímenes de masa*, Buenos Aires, 2010.

cuenta. Esta colonización cultural no fue uniforme. Importamos racionalizaciones aberrantes, conservadoras, liberales y hasta revolucionarias. Ninguna fue satisfactoria. Demasiado poca realidad o exceso de idealismo en unas, sin que falte en otras una descarada razón cínica: *la pena es un mal ¿y qué?*

El castigo es una institución social de la que ninguna sociedad humana puede librarse. Las sociedades igualitarias sin estado conocieron la solución vindicativa sacrificial. Lo marginal y extraordinario se generalizó con el curso de la civilización y la soberanía política². Como el castigo parece inherente a la sociedad humana, entonces, es posible una teoría general de lo punitivo ¿Pero cuál es esa teoría?

La soberanía se identifica con soberanía punitiva. Los orígenes de la ciencia penal y criminológica pueden rastrearse hasta el primer código penal de la antigüedad, incluso antes si volvemos la mirada a las etnografías de la antropología política³. Con el inicio de la modernidad europea cobran impulso como nunca antes. El despegue tiene como centro la teoría política. La autoridad punitiva se identifica totalmente con la soberanía política. Primero en textos demonológicos sacrificadores contra disidentes y mujeres⁴. Un tiempo después en tratados sobre el gobierno civil, al delincuente se lo

² Sobre la familiaridad entre pena pública, sacrificio humano y genocidio, Alejandro Alagia, *Hacer sufrir*, Buenos Aires, 2013.

³ *Ibíd.*, p. 57 y ss; Sobre América Latina, P. Clastres, *Sociedad contra estado*, La Plata, 2008, *Crónica de los indios guayaquis*, Barcelona, 1986, *Investigaciones en antropología política*, México, 1987, G. Balandier, *Antropología política*, Buenos Aires, 2005, F. Descola, *Las lanzas del crepúsculo: Relatos jíbaros*, México, 2005, el texto clásico de C. Lévi-Strauss, *Tristes trópicos*, Buenos Aires, 1988. La obra pionera de antropología política africana, M. Fortes y E. Evans-Pritchard, *Sistemas políticos africanos*, en J. Llovera (comp.) *Antropología política*, Barcelona, 1978, A. Métraux, *Antropofagia y cultura*, Buenos Aires, 2011 y L. Mair, *El gobierno primitivo*, Buenos Aires, 1970. Para Asia, C. Geertz, *Negara: el estado-teatro en Bali en el siglo XIX*, Barcelona, 1999.

⁴ Por ejemplo, J. Bodin, *De la demonomanie de sorcières*, Paris, 1580. Sobre este desarrollo, E. Zaffaroni, *Las palabras de los muertos*, Buenos Aires, 2011.

identifica con el enemigo y al crimen con un mal de tal entidad que sin castigo la sociedad desaparece⁵. Nace una racionalización moderna del mito de la crueldad pública inevitable para que exista sociedad humana.

Sociedades con estado de América indígena también son civilizadas en el conocimiento y ejecución de prácticas punitivas⁶. Fueron destruidas por la colonización antes de que pudieran contar con un Bodino o un Hobbes. Sobre los sitios sacrificiales mexicas los conquistadores españoles levantaron hogueras y patíbulos⁷. Indios y negros capturados en Africa y transplantados al Nuevo Mundo son tratados como criminales y los criminales de Europa como salvajes, primitivos e inferiores. Se inventa el potente concepto de raza para racionalizar el sentimiento que acompaña a toda subordinación forzosa. También el trato punitivo se racializa en América y en Europa. Lejos de contenerse con las revoluciones liberales en uno y otro lado del Atlántico, la cuestión de la inferioridad biológica y mental de criminales, indios, negros y mestizos se profundiza para convertirse en una de las principales causas de vulnerabilidad de grupos enteros al poder punitivo⁸.

La inferioridad es condición de vulnerabilidad al poder punitivo en cualquier tipo de sociedad humana salvaje o civilizada. En las primeras, las mujeres y los niños de modo infrecuente, más acentuada con los prisioneros enemigos. En ningún caso la inferioridad era biológica. Con el despegue de

⁵ Para el mito de la pena inevitable para que la sociedad exista, A. Alagia, *op.cit.*.

⁶ M.Graulich, *El sacrificio humano entre los aztecas*, México, 2016.

⁷ A.Chaparro Maya, *Pensar Caníbal. Una perspectiva amerindia de la guerra, lo sagrado y la colonialidad*, Madrid, 2013.

⁸ En este sentido es fundamental la literatura negra anticolonialista de la década del cincuenta y sesenta del siglo pasado, Aimé Césaire, *Discurso sobre el colonialismo*, Madrid, 2006, F. Fanon, *Piel negra, máscaras blancas*, Madrid, 2009, Albert Memmi, *Retrato del colonizado*, Buenos Aires, 1969. En la actualidad, Achille Mbembe, *Crítica de la razón negra*, Buenos Aires, 2016.

la soberanía política moderna y colonialista, el universo de candidatos humanos a la inferiorización por motivo de la raza se amplía considerablemente. Nunca una soberanía punitiva había tenido una dieta tan amplia en población inferiorizada como la ofrece la primera globalización capitalista, incluso en los países de origen. Kant inferioriza a los trabajadores manuales alemanes porque su vida depende de otros, pero en poco tiempo los criminales y todo el conjunto de la mala vida de los pobres serán señalados por la política, los juristas y la ciencia como humanos inferiores. Fanático de la pena de muerte, el filósofo alemán creía que el criminal debía consentirla para salvarse a sí mismo y a la sociedad⁹.

El fin del positivismo racista no termina con la racialización punitiva. El derecho penal y la criminología del continente hasta la mitad del siglo pasado describen grupos enteros de población como clase inferior, degenerada y peligrosa. Fue el genocidio que perpetró el estado alemán en el centro de Europa, la causa del descrédito de la cultura y trato punitivo racista. Aún decadente no se abandonó para las poblaciones del mundo colonizado. Curiosamente, para la misma época, en la región comienza a tener recepción la enseñanza desnazificada de profesores alemanes que unos años antes habían legitimado la masacre estatal en textos criminológicos y de derecho penal, a veces de un modo finamente consciente. Es sorprendente que en los únicos casos en que el genocidio se

⁹ I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, 1994, p. 163 y ss.. También, G.W.F. Hegel, *Filosofía del derecho*, México 1985, p. 109.

incluye en las ciencias penales lo sea en situaciones extraordinarias de legitimación¹⁰.

Latinoamérica también se renovó, pero para caer en una nueva subordinación. Como la resocialización punitiva y la ejecución de irrecuperables en Europa se llevó al extremo, en la postguerra se pasó del delincuente al delito y latinoamérica hizo lo mismo. Copiamos sin tomar conciencia que separábamos derecho penal de criminología, es decir, de lo que hace el castigo a la sociedad. Fue un error carísimo. Unas décadas más tarde toda la región sufriría las consecuencias de poderes punitivos genocidas y de muerte violenta racializada.

El racismo punitivo se hace amigo de la venganza. Los penalistas a los que los modernos criminólogos calificaron de filósofos de la venganza, se toman revancha. No dicen nada nuevo de la pena ni de la sociedad y se concentran en el delito. El castigo es un mal en respuesta a otro mal que afirma la sociedad y punto. Se continuaron con los modelos dogmáticos que no habían sido abandonados, e incluso en países como Alemania se perfeccionan. Sin vergüenza por la pura doctrina se emprendió un ascenso a lo más alto de la imaginación normativa para encontrar lo esencial e irreductible en el ilícito culpable¹¹.

La criminología de EEUU y Europa se hace más sociológica y administrativa, pero también más provinciana. No

¹⁰ Como en la articulación del saber médico y penal para la destrucción de grupos humanos sin valor, K. Binding y A. Hoche, *La licencia para la aniquilación de vida sin valor de vida*, Buenos Aires, 2009; F. Grispigni-E. Mezger, *La reforma penal nacionalsocialista*, Buenos Aires, 2009; G. Dahm y F. Schaffstein, *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?*, Buenos Aires, 2011; H. Nicolai, *La teoría del derecho conforme a la ley de las razas. Lineamientos de una filosofía jurídica nacionalsocialista*, Buenos Aires, 2011.

¹¹ G. Croxatto y E. R. Zaffaroni, *El pensamiento alemán en el derecho penal argentino*, en *Rechtsgeschichte-Legal History*, RG 22 (2014).

renuncia al problema del delincuente. Lo encuadra en una subcultura o contracultura urbana de una sociedad que se debate entre el consenso y el conflicto. Entre los aportes más importantes pueden señalarse los siguientes a) nadie nace delincuente, lo crea el poder de definición y el trato punitivo, b) el etiquetamiento es la brújula que orienta la selectividad del poder punitivo y c) no elabora una teoría del castigo, en cambio, describe la prisión como institución de secuestro normalizadora para el control y la disciplina en la sociedad capitalista mundial¹².

América Latina se descoloniza. En Latinoamérica en la década del 70 pasaba un grupo numeroso de penalistas y criminólogos advertían que el problema del delito y de la pena no se reducía ni únicamente al comportamiento antisocial de los jóvenes marginales de barrios pobres, a la normalización forzosa carcelaria, o a una dogmática penal orientadora de sentencias. Otros temas amenazantes ocupan la atención. Como describió un desolado magistrado y criminólogo alemán que participó en el XXIII curso internacional de criminología, celebrado en Maracaibo en 1974¹³, “en Venezuela se discutió poco sobre el delito violento y mucho en cambio sobre la llamada *violencia institucional*”¹⁴ ¿Porqué la industria genocida con sello alemán pudo distanciarse del castigo público? Jueces durante el nazismo ejecutaron leyes raciales de exterminio para enfermos alemanes. Sin embargo el genocidio al penalista le resultó indiferente como castigo público. La negación es total.

¹² Para un desarrollo histórico, R. van Saaningen, *Perspectivas europeas para una criminología crítica*, Buenos Aires, 2011.

¹³ Lola Aniyar de Castro, *op. cit.*

¹⁴ W. Middendorff, *La criminalidad violenta de nuestra época*, Madrid, 1978, pp. 13-14.

La violencia destructiva que la autoridad legítima siempre condiciona culturalmente, pero en el genocidio la pena pública pierde su velo y se presenta como es. Sin embargo en el olvido no está sólo la criminología conservadora y liberal, las acompañan también la criminología crítica anglosajona y la europea continental en cualquiera de sus variantes. Lo mismo ocurrió con el autor de *Vigilar y Castigar*. En cambio, otra cosa pasaba en aquella reunión en la que fue pionera Lola Aniyar de Castro. Ese fue el comienzo de la *escuela latinoamericana* de derecho penal y criminología.

Kelsen: necesario pero no suficiente. Quienes emprendían estudios de derecho en Buenos Aires en la primera mitad de la década del ochenta pasada, conocieron primero a Foucault antes que a Kelsen. No hay nada de extraordinario en ello. El cambio ocurrió al término de un genocidio.

Para los jóvenes estudiantes interesados en el derecho penal y la criminología M. Foucault fue una salvación. Con el jefe liberal del positivismo jurídico occidental¹⁵, se enseñaba que el derecho es organización jerárquica y normativa de la violencia legítima. Derecho es fuerza. Eso estaba muy bien, pero entusiasmaba poco lo que se había experimentado en carne propia. Con todo, era una lectura del derecho más profunda que la que se hacía en el derecho penal donde el castigo encontraba sentido, en la afirmación de valores ético-sociales¹⁶.

Se estaba entre la fantasía total y una descripción incompleta de la realidad. La imagen que nos presentaba Kelsen

¹⁵ Especialmente, con el texto de enseñanza universitaria escrito en el exilio norteamericano en 1944, H. Kelsen, *Teoría general del derecho y el estado*, México, 1988.

¹⁶ Como se reproducía en textos locales germanófilos de una obra muy influyente en la época, H. Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Santiago de Chile, 1993.

del derecho estaba desprovista de toda carnadura. Mostraba sólo el esqueleto, seguíamos sin saber qué era el castigo. Lo que ofrecía era profundo y pobre a la vez.

No se salió del raquitismo hasta que la criminología y el derecho penal fueron bombardeadas por una sociología crítica de muy diversos orígenes (marxismo, psicoanálisis, estructuralismo) que se había vuelto académica. Tenían en común el rechazo a identificar al derecho con la estabilidad, el consenso o la pacificación social. El conflicto, la tensión el desequilibrio será, en adelante, lo que explique la sociedad y la misma vida humana.

En este nuevo horizonte la soberanía punitiva ve su origen y se despliega en un mundo dividido entre los que ofrecen seguridad y mandan y lo que obedecen. En un mundo humano lejos del equilibrio la solución punitiva refuerza las diferencias y oposiciones reales o imaginarias. Clase social, género, edad, enfermedad, delito, política, raza o religión son posiciones que pueden convertirse en causa de vulnerabilidad al poder punitivo si una autoridad las identifica como amenaza o peligro para la existencia social.

No es simplemente el delito como infracción a la norma lo que alimenta y pone en funcionamiento la máquina punitiva. La pena pública es más compleja que una simple respuesta para estabilizar o refundar el derecho desconfigurado por el delito.

En síntesis, para responder a la pregunta sobre el significado de la pena en sociedad había que pensar más en la vulnerabilidad al poder punitivo que en el delito mismo. Con

ello se abrían nuevos caminos para el conocimiento del castigo. La obra de Foucault fue fundamental para este giro radical¹⁷.

El fin de los filósofos de la crueldad. Cuando antes los penalistas y criminólogos latinoamericanos miraban el delito y el delincuente ahora la atención se ponía en el poder punitivo. Contribuía a este giro la masacre estatal que recorría el continente, la prisionización masiva en cárceles inhumanas, la tortura y las ejecuciones extrajudiciales. Pero lo extraño del caso es que, por primera vez, una *escuela latinoamericana* renovaba el enfoque menos por influencias externas que por una realidad trágica que tenía por protagonista al poder punitivo.

Foucault especialmente en *Vigilar y castigar* como antes en las conferencias de Rio de Janeiro sobre *La verdad y las formas jurídicas*, demostró que la prisión no es la respuesta natural e inevitable para el delito. No fue una invención humanitaria de los juristas, sino la creación política para una nueva economía del castigo. La mortificación y destrucción física del delincuente se abandona para dar inicio a la industria del encierro y la reforma del delincuente. Más disciplina y menos castigo. Más psiquiatras, médicos, criminólogos, penitenciaristas, menos verdugos. La sociedad moderna de colonizadores y colonizados se parece más a una fábrica, un cuartel o una cárcel que a un matadero. Vigilancia y normalización de las clases peligrosas (trabajadores, pobres, delincuentes, enfermos, mujeres, niños) son las coordenadas que

¹⁷ Lo primero que llegó a nuestras manos, *La verdad y las formas jurídicas*, México, 1983 y *Vigilar y Castigar*, Buenos Aires, 1985. Aunque ya contábamos con la obra de E. Marí, *La problemática del castigo: el discurso de Jeremy Bentham y de Michel Foucault*, Buenos Aires, 1983; Mas adelante, *Seguridad, territorio, población*, Buenos Aires, 2006, *Defender la sociedad*, Buenos Aires, 2006 y *Nacimiento de la biopolítica*, Buenos Aires, 2007.

orientan las políticas públicas y especialmente al poder punitivo. El delincuente es una invención -igual que el delito- de saberes encumbrados que disputan el poder para definir y clasificar humanos.

Vigilar y castigar tuvo tanta influencia que el lenguaje académico aún hoy no puede librarse del vocabulario que introduce. El derecho penal había frecuentado a otros filósofos, pero todos resultaban insoportablemente horribles. En Hobbes, Kant y Hegel, el castigo en general y la pena de muerte en particular son el cemento de la sociedad. No se los podía tomar en serio por más esfuerzo que se hiciera. No podía darse crédito al poder punitivo que se había tragado a grupos humanos enteros de Guatemala a la Argentina.

Foucault no llegó para repetir el dogma teológico político de que no hay sociedad sin castigo. Fue el primer filósofo que no legitimó la pena ni la racionalizó como se había hecho hasta entonces. Esto fue suficiente para archivar a los filósofos de la crueldad. Describió la pena como una solución sacrificial en la época clásica y como régimen de normalización mediante encierro de prisioneros después de las revoluciones burguesas. Lejos del mito de la pena inevitable para que exista sociedad Foucault inscribió el castigo público dentro de una política mayor de subordinación de poblaciones identificadas con el peligro, la anormalidad o la enfermedad¹⁸. Su compromiso y militancia anticarcelaria y anti-manicomial lo convirtieron en el filósofo más resistido y menos citado por la ciencia del derecho penal desde Platón.

¹⁸ Después del genocidio nazi en Europa resulta bizarra la legitimación filosófica de la pena pública como sacrificio que sustrae violencia a la sociedad y la domestica, como hace, R. Girard, *El chivo expiatorio*, Barcelona, 1986, *La violencia y lo sagrado*, Barcelona, 2005; también en R. Espósito, *Comunitas. Origen y destino de la comunidad*, Buenos Aires, 2007, del mismo autor, *Inmunitas. Protección y negación de la vida*, Buenos Aires, 2005. En el mismo sentido, E. Resta, *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, Barcelona, 1995.

Foucault en América juega con cancha inclinada. Sin embargo América fue un límite para Foucault como lo es también para todo derecho penal y criminología que no tenga al genocidio por guía para penetrar en los secretos del castigo, único camino que puede ordenar el trabajo del penalista y la función judicial.

En los continentes y regiones que todavía hoy padecen los efectos de la colonización civilizadora parecen más actuales los ecos de Bodino o Hobbes. Soberanía política es soberanía punitiva como derecho de la autoridad a decidir la vida o la muerte de los enemigos de la sociedad.

Foucault coincide con la teoría política clásica en que el comienzo de la modernidad tuvo como distintivo una autoridad que *hace morir y deja vivir*. Cuando el arte de gobernar se hace más complejo a causa de las transformaciones sociales que produce el desarrollo capitalista, la soberanía punitiva cambia radicalmente: el nuevo soberano es aquel que *hace vivir y deja morir*. La muerte y la crueldad, sin embargo, no desaparecen del castigo. La abolición de las ejecuciones en Francia ocurre recién en 1981. Pero ocuparán un lugar marginal en el ejercicio de la soberanía política. Son prácticas disciplinarias normalizadoras de grupos humanos peligrosos y saberes especializados los que ocuparán un lugar preponderante en el trabajo de la seguridad pública. Gobernar una población es normalizar forzosamente la vida. Soberanía es *hacer vivir* de una determinada manera.

No fue hasta tiempo después del primer encuentro con los textos de Foucault que caímos en la cuenta sobre la irrealidad de aquella tesis que no encajaba con la experiencia la-

tinoamericana. Lo más inquietante fue que se empezó a dudar si la tesis era válida también para Europa¹⁹. Cuando las prácticas genocidas entraron en el radar del derecho penal y la criminología, la tesis de la modernidad disciplinaria simplemente se volvió insostenible.

No hay un único genocidio en la modernidad. Cuando se abandona la idea que la masacre estatal es obra de un psicópata con poder, descubrimos en el genocidio una regularidad del trato punitivo. Con ello la misma idea de civilización entra en crisis y borra lo que separa al genocidio de la violencia legítima. Como observa Zaffaroni, el origen del derecho penal y la criminología se encuentra más en la obra de Kramer y Sprenger (*El martillo de las Brujas*)²⁰ que en la de Beccaría (*Tratado de los delitos y las penas*).

El *Martillo de las Brujas* puede tomarse como el inicio de una fiebre aniquiladora estatal que se exporta al mundo con la colonización. Regresa a Europa a mitad del siglo XX y vuelve globalizarse. La verdad es que casi no hay lugar en el mundo que no haya padecido una masacre estatal.

El exterminio colonizador de indios mediante ejecuciones directas o mediante trabajo forzado hasta morir, el modo punitivo de la esclavitud de plantación, la masacre estatal de opositores políticos perpetrados por dictaduras cívico-militares, ejecuciones extrajudiciales, la tortura sistemática, la prisionización masiva de población no-blanca, la muerte violenta masiva, también racializada resultado de la guerra pu-

¹⁹ Parece darse cuenta de ello, G. Agamben, *Homo sacer*, Madrid, 2002. Acierta en la identidad del sujeto del castigo con la víctima sacrificial pero falla, increíblemente en contra de toda evidencia, cuando señala que la masacre estatal es una excepción al derecho.

²⁰ Según Zaffaroni, el primer derecho penal y criminología crítica en Europa es la respuesta del jesuita Friedrich Spee de 1631, *Cautio criminalis*, Buenos Aires, 2016.

nitiva a las drogas, son hechos sociales inherentes a la soberanía punitiva. Tienen elementos en común, especialmente el relativo a la afirmación de la autoridad que se espera de la destrucción de lo que encarna un peligro para la existencia social.

La tesis de Foucault para Latinoamérica podría reformularse del siguiente modo: el gobierno sobre la población es la capacidad para *hacer morir y demasiado poco dejar vivir*. Lo que el poder punitivo convencional hace con el criminal el genocidio lo hace con grupos humanos enteros. Con la destrucción y sufrimiento del enemigo se alucina el fin del malestar que se atribuye al delito. Claro que hay una diferencia que no debe perderse de vista, el delincuente tiene derechos que el enemigo absoluto carece, diferencia importante en la regulación de la muerte y la crueldad estatal. Pero en ambos casos no deja de reconocerse una pretendida ganancia en el mal. Destruir o afligir una vida para salvar la vida.

¿La sociedad humana existe por la norma de castigo? Hay algo en la tesis de Foucault que mantiene validez, la tendencia en toda soberanía moderna a gobernar con algo más que teatro patibulario. Las normas que evitan la disolución de la sociedad nunca son ni punitivas ni disciplinarias. En el consenso o en el conflicto social, las normas que trabajan mudas para la obediencia a la autoridad pertenecen al mundo más primario de la socialización cultural y muestran su contenido más en el derecho privado que en el público. No hay sociedad sin normas pero no son penales ni disciplinarias las que hacen posible su existencia.

Traducido en el lenguaje jurídico penal y criminológico, significa que ni la solución sacrificial para el delincuente o

grupos humanos enteros, como tampoco la normalización forzosa, pueden aspirar a un lugar de primacía en la producción de consenso o en la supresión de malestar. El esfuerzo por racionalizar satisfacción vindicativa para la pena pública es el modo patológico que tiene la sociedad de encontrar bienestar en la destrucción. Solución imaginaria que es “pan para hoy hambre para mañana”.

El olvido más caro. El genocidio siempre estuvo entre nosotros y no lo reconocimos hasta muy tarde como miembro de la familia punitiva. No debemos sorprendernos. Fue otra forma de eludir la pregunta por el significado del castigo. Para qué hacerlo, si bajo la tesis de la soberanía disciplinaria la respuesta inmediata es el tratamiento forzado para la resocialización o cualquier otra prevención. Es un saber cómodo a jueces y jurados porque no castigan, previenen. Hasta que el pánico al crimen violento aterroriza a la población y quedan expuestos a demandas imposibles de responder. En ese caso no se tienen escrúpulos para reemplazar una ilusión por otra. Al castigo se lo arroja con la idea de mal necesario. Con ello, jueces y fiscales quedan absueltos del fracaso de la prevención. Pero no es negocio regresar a Hammurabi y convertir un poder de gobierno en pura fuerza vindicativa. Muy pocos querrían reconocer en la ley penal el doble juego que va de la protección y el cuidado a la atrocidad estatal, igual que en lo siniestro de la violencia paternal y doméstica.

¿Regresa el talión o la venganza nunca se fue? Cabría preguntarse si la venganza desapareció alguna vez o si en su vida moderna no viaja con traje a medida de la prevención

civilizadora. El propio Foucault no lo ignoraba cuando señaló que el modelo normalizador de la prisión no es del todo independiente a la crueldad ni a la gratificación.

El mundo que orientó la prevención mediante trato cruel hace tiempo está hecho pedazos. Apagar el incendio con retribución en sociedades cada vez más desiguales y conflictivas está convirtiendo a latinoamérica en un laboratorio de soluciones sacrificiales que consumen la vida de grupos enteros de población.

Si una persona está enferma cuando encuentra bienestar en el perjuicio, por qué habría de ser diferente en la sociedad. Qué ocurre en la mente de penalista que racionaliza lo aflictivo como bien, incluso cuando lo hace bajo los términos de una nueva prevención.

En la prevención general positiva lo único que se espera del mal que se hace es una satisfacción para el derecho y la sociedad²¹. No están muy lejos los penalistas de blanquear el sacrificio humano. Un derecho penal y criminología de este tipo se convierte en otro poderoso obstáculo para encontrar destinos diferentes a la agresividad humana. Por cierto que la tarea es igualmente difícil aún en el caso de reconocer en la pena pública un gravísimo síntoma patológico de la vida social.

Descubrir que lo es inherente a la pena pública se encuentra también en la solución sacrificial y en el genocidio, no promete soluciones a los graves problemas de seguridad para la vida que tienen origen en el delito o en el poder pu-

²¹ Sobre doctrinas de la pena pública y crítica, *Derecho Penal*, E. Zaffaroni, A. Slokar y A. Alagia, Buenos Aires, 2000.

nitivo. Podemos contentarnos si este punto de partida significa una camino más seguro para la reducción o contención de sufrimiento punitivo.

El caso extraño del genocidio como pena y delito. El costo que se pagó para llegar a este esclarecimiento fue alto en vidas humanas y todavía hay fuerzas culturales poderosas que se resisten a ver lo que tienen en común la masacre estatal con la pena pública. La doble naturaleza del genocidio, como delito y castigo, facilita el extrañamiento y la negación de que lo que es ilegal nunca puede ser pena pública, aunque caigan sobre el penalista toneladas de normas públicas y secretas de exterminio. No fue un caso aislado Argentina al incluir en el vocabulario genocida la expresión *delincuente* para el enemigo subversivo²². Nunca un masacre estatal está del todo fuera del derecho, como tampoco la violencia legítima es ajena del todo a la crueldad. No debe perturbarnos esta ambigüedad. No decimos nada nuevo. Los juristas detectaron la anomalía en la capacidad del soberano para suspender el derecho para salvarlo en la excepción, los filósofos en la dialéctica de la modernidad, que se presenta a la vez como civilización y barbarie. Los psiconalistas lo vieron en la ambivalencia de la autoridad paternal que se mueve entre la protección y la amenaza.

La tensión de significado, por fortuna, es estructural en la ley, como en general en todo lenguaje; puede inclinarse para un lado u otro, como violencia legítima o crimen según las circunstancias sean más o menos favorables en la disputa por el sentido.

²² A. Alagia, *Día "D", hora "H", crímenes masivos cometidos en Argentina (1976-1983)*, Revista de derecho penal y criminología, Año II, nº 1, Buenos Aires, 2011.

Contra la espada y la pared. Como lo que gobierna la pena pública es energía vindicativa²³ que se desplaza sobre población inferiorizada, la situación no deja muchas alternativas. O se deja libre curso a aquella fuerza o se la contiene. Esto último distingue la *escuela latinoamericana*. Sólo en la región se enseña una práctica judicial con textos que describen al poder punitivo como una potencia genocida y que elabora una doctrina de intervención para contener esta amenaza. El trabajo político-profesional de policías, fiscales, jueces y jurados no es inmune a este peligro. Las características burocráticas y antidemocráticas de las instituciones a las que pertenecen favorece la porosidad de la presión vindicativa.

Las etapas de la escuela latinoamericana. Hay conocimiento acumulado de distintos momentos históricos que no debe ser descartado por el sólo hecho de estar enmarcado en teorías equivocadas del castigo. El ordenamiento del saber jurídico penal y criminológico que inició Lola Aniyar de Castro alrededor de la *violencia institucional*, tuvo en la región una segunda etapa en dos tiempos, donde una cantidad importante de conocimiento anterior encuentra síntesis.

En el primero, la influencia de trabajos previos sobre la muerte violenta en latinoamérica, homicidios, ejecuciones extrajudiciales, tortura y morbilidad carcelaria, dieron lugar a un texto teórico: *En busca de las penas perdidas* (1989) de R. E. Zaffaroni que marcó significativamente este momento en varios aspectos.

a) Sobre datos inequívocos de la realidad punitiva se establece una teoría de la pena negativa y agnóstica. Deja en

²³ Como goce vindicativo, A. Alagia, *Hacer sufrir*, 2013, pp. 277.

suspense una descripción más completa y se concentra en lo que el castigo no es. No previene el delito, no resocializa, no repara a la víctima, no interrumpe peligros ni conflictos graves en curso. Lo observable de la pena es su naturaleza aflictiva, pero a raíz de la desconexión con cualquiera de los resultados esperados se la define como *manifestación irracional de la soberanía política*. Por esta definición distingue trato punitivo de otras agresiones institucionales que no lo son, porque materialmente evitan un conflicto grave para alguien o grupos enteros de población. Aquí la violencia institucional es legítima pero no es castigo.

b) Esta obra introduce para el conocimiento del delito, observaciones criminológicas sobre la selectividad punitiva transformando la culpabilidad penal en culpabilidad por la vulnerabilidad, que en lo práctico-judicial sirve para una más eficaz regulación de la cantidad de castigo, y en lo teórico afirma que la pena no tiene por causa directa al delito sin que entre en escena primero la vulnerabilidad individual o de grupo al poder punitivo.

c) El genocidio se menciona como naturaleza o potencia que habita en leyes criminalizantes tanto como en la tarea ejecutiva. Se hace lo que parecía imposible, separa derecho penal de poder punitivo. Se liberó con ello a juristas y jueces del deber imposible de justificar castigo y prevenir el delito. La pena pública pertenece a la política como la ley que la habilita. Lo que corresponde al juez o jurado es la obligación de regular la contención de fuerza destructiva. d) Este programa debe orientarse con una doctrina acorde con aquella finalidad. Esto constituye una verdadera declaración de independencia para jueces y juristas. Se demostró que puede

hacerse doctrina de los elementos del delito sin que el penalista tenga que embanderarse con tristes racionalizaciones de lo irracional.

Los muertos hablan. Un nuevo trabajo de R.E. Zaffaroni define el segundo tiempo de esta nueva etapa en el derecho penal y criminología latinoamericana. En *La palabra de los muertos* (2011) la potencia genocida del poder punitivo alcanza profundidad en la descripción de la masacre estatal moderna, como de la naturaleza vindicativa de la agresión. Se establecen las líneas maestras para una teoría general del castigo.

La naturaleza vindicativa de la agresión punitiva pudo explicar la ausencia de regularidad entre castigo y grave conflicto. Países de altísima prisionización como EEUU (alrededor de 800 prisioneros cada 100.000 h.), tienen casi la misma tasa de homicidio (entre 4/6 cada 100.000 h.) que otros con prisionización cinco veces más baja, como Argentina. Europa, con excepciones, tienen bajas tasas de prisionización con bajísimas tasa de homicidio. Incluso algunos como Finlandia, el homicidio retrocede igual que el números de presos²⁴. Pero el castigo no es una bola loca, una partícula suelta carente de regularidad. Su empuje lo encuentra en sentimientos vindicativos que el poder punitivo organiza y desplaza sobre individuos o población inferiorizadas a los que se identifica como portadores de malestar insoportable²⁵.

²⁴ E. Zaffaroni, *Las palabras de los muertos, op. cit.*, p. 530.

²⁵ Una descripción inteligente de la geografía de la furia basada en el narcisismo de las pequeñas diferencias, en A. Appadurai, *El rechazo de las minorías*, México, 2013.

La operación mágica del trato punitivo. Este enfoque del castigo no era desconocido para otras disciplinas que se ocuparon detenidamente de la solución vindicativa sacrificial del mundo salvaje y civilizado, o que interesadas en la cura de la grave enfermedad psíquica se toparon con la pulsión destructiva y la satisfacción que reduce malestar²⁶. Con esta apropiación de datos de realidad, se fortalece un conocimiento que era meramente intuitivo por el penalista que presta oídos a las ciencias sociales y de la salud. Que el delito, en tanto conflicto grave real o imaginario es efecto y no causa, de un complejo más amplio de regularidades de la vida social y personal. Cuando la racionalización del castigo sustituye el efecto por la causa produce una operación mágica por desplazamiento de consecuencias devastadoras. Se destruye o se hace sufrir vida humana abandonándose el conflicto a su suerte.

Donde parece existir una intervención pública para el conflicto grave lo único que se encuentra es desgobierno y vacío. En la solución vindicativa puede encontrarse satisfacción y reducción de malestar subjetivo, pero al precio de un doble efecto altamente destructivo. Por un lado, el conflicto grave queda sin regulación librado a fuerzas sobre las que no se tienen control, como en el caso de la crisis humanitaria que provoca la guerra punitiva a las drogas²⁷. En segundo término, igualmente grave, es la desconexión que produce la

²⁶ S.Freud, *Más allá del principio del placer*, Obras completas, T. XVIII, p. 55, *Pulsiones y destinos de las pulsiones*, T. XIV, p. 119; sobre la lectura lacaniana sobre el beneficio en la pulsión de muerte, J.Lacan, *La ética del psicoanálisis*, El seminario, Libro 7, Buenos Aires, 2011. La aplicación de estos conceptos a la política, Y. Stavrakakis, *La izquierda lacaniana. Psicoanálisis, teoría, política*, México 2010.

²⁷ Es significativo que el más exhaustivo informe liberal sobre la guerra a las drogas y la crisis humanitaria en curso en latinoamérica, lleve como título "Asumiendo el control", *Global commission on drug policy*, septiembre de 2014 (en el que participan cuatro ex-presidentes latinoamericanos).

solución vindicativa con las causas que explican los conflictos que afectan la población. Es decir, la magia por desplazamiento de la solución vindicativa consiste en tomar distancia de las causas y los efectos.

Poner de cabeza a Hobbes significa que donde la soberanía política ve pacificación con intervención punitiva, el derecho penal y la criminología ve anarquía y violencia unánime.

*¿Cualquier doctrina del delito sirve para contener venganza punitiva?*²⁸ Conocer más de cerca al castigo tiene por única finalidad organizar los elementos del delito para combatir la solución vindicativa. Esta programación se encuentra en un estado avanzado pero es urgente una mejor clarificación y síntesis del contenido del injusto culpable. Es el próximo desafío que la nueva *escuela latinoamericana* debe atender. Para esta tarea de síntesis no perdieron validez caracterizaciones sobre la imputación objetiva y subjetiva, ni otras formuladas sobre la antijuridicidad y la culpabilidad hace más de una década atrás.

a) El lugar del conflicto lesivo como gran ordenador de la imputación penal no tiene rival. Para que un hecho pueda imputarse a alguien como obra que le pertenece requiere la existencia de una lesión relevante para la víctima que no puede ser sino de carne y hueso. El liberalismo político lo introduce en confrontación con el absolutismo, pero en su desarrollo lo desnaturaliza en favor del concepto más manipulable de bien jurídico, para perder finalmente todo contenido lesivo en la idea de infidelidad al deber. Ello constituye

²⁸ Sobre lo que sigue, Zaffaroni-Slokar-Alagia, *Derecho penal*, op. cit..

una regresión al crimen antiliberal de *lesa majestad* que alimenta una mayor libertad para el desplazamiento de la solución vindicativa.

La lesión a la norma como regla general para la imputación objetiva de un hecho es inconmensurable. Es tan amplio el campo que abre la infedilidad normativa para ser tenido como esencia del delito, que las más insólitas interpretaciones se creen con derecho a disputar la primacía. En cambio cuando la imputación se orienta por el conflicto lesivo, es un evento real la medida para desviar el empuje vindicativo atraído por vulnerabilidad de personas o grupos que no afectan ni ponen en peligro concreto a nadie. Finalmente, el concepto de conflictividad lesiva evita el estallido de la doctrina penal por exceso de imaginación normativa.

b) En menor medida en la imputación subjetiva, la normativización de los estados mentales para el dolo y la imprudencia, corrió igual suerte. Hay tanta imaginación disponible para reemplazar el dolo por una presunción normativa que no hay juez en el mundo que pudiera abarcarlas para la decisión judicial. En un sentido más profundo esta desorientación tiene como origen la decisión de la cultura penal occidental de declararse independiente de la criminología y las ciencias sociales en general, al grave costo de su descomposición. Cuando más distancia toma el derecho penal de los datos de realidad, hay más crimen sin víctima y más se acerca el derecho penal a la teología política, donde domina la infedilidad como delito.

c) Igual vigencia mantiene el concepto de antijuridicidad como campo de conflicto entre norma de prohibición y derecho. La *escuela latinoamericana* demostró que la causa de justificación y el ejercicio de derecho no son recortes ni

residuos de una prohibición. El derecho no es lo no prohibido en la sociedad humana. Se erradicó del vocabulario de la antijuridicidad la idea del derecho como permiso, autorización o zona de indiferencia. Un derecho capaz de eliminar lo ilícito, se obtiene a costa de una norma que se le opone. En la antijuridicidad siempre se deja ver un pedazo de historia signada por el conflicto entre la autoridad y un derecho que se reivindica. La vida de la norma jurídica es la vida humana en sociedad.

Con ello pudo explicarse lo que aparentemente no tenía solución: que hay conflicto lesivo doloso también en el ejercicio de un derecho. Aún cuando la tradición penal convivió, desde antiguo, con la legítima defensa nunca dejó de coquear con una idea inmaculada de derecho. No es derecho lo que afecta a otro. Este agujero negro encontró respuesta en que el derecho a la legítima defensa no causa lesión porque el agresor en tanto agresor, se coloca fuera del derecho, aunque se le rompan los huesos o se lo mate. Después, en la idea menos deshumanizante de interés preponderante, lo que tampoco es derecho.

La ganancia para la antijuridicidad penal de ver en el derecho también lesión es enorme, porque al conflicto lesivo para que sea ilícito se lo analiza tanto desde la norma penal como de cualquier derecho que incluya un daño como elemento para su realización.

d) Pero el más original y profundo aporte que la región produce en la doctrina del delito es en la descripción de la culpabilidad penal. Con ello se pudo identificar mejor al sujeto del castigo como al perpetrador.

La doctrina occidental nunca salió del pantano y pisó suele firme. Fue de la reacción a la idea de criminal degenerado y peligroso que derivó en la racionalización del último genocidio alemán, a la imagen exactamente opuesta del criminal como ser autónomo y racional. Ambas, igualmente imaginarias. En el primer caso matar o hacer sufrir son medidas de seguridad contra lo inferior, irrecuperable y contaminante. Fue el tiempo de las ciencias naturales en el ejercicio de la soberanía punitiva y el lado oscuro de la civilización. Con la razón y la autonomía humana, en cambio el mal se justifica por elección libre del sujeto o los grupos que lo padecen. En cambio, el concepto de *culpabilidad por vulnerabilidad* encuentra al sujeto del castigo más cerca de lo que es.

No hay castigo sin vulnerabilidad. En Occidente la criminología es de los sociólogos y el derecho penal de los juristas. En este aislamiento mutuo no se hace criminología con el derecho penal y derecho penal no se hace con datos de realidad. No es accidente que este desecuentro no se produjera entre penalistas y criminólogos de la región. Entre el conjunto de razones que explican esta elección de rumbo hay una inconstable: la masacre punitiva azota la región en el mismo momento que el derecho penal y la criminología occidental olvida una peor del pasado reciente.

El conocimiento de que la solución vindicativa se desplaza sobre individuos o grupos humanamente inferiorizados encuentra lugar en la culpabilidad penal y se la describe como vulnerabilidad al poder punitivo. Para el presente detecta estereotipos de persecución anticipando el desarrollo de una masacre estatal. Función de prevención. Con el pasado, es decir para el sujeto de castigo interviene de dos maneras:

a) desviando un exceso de solución vindicativa que se programa en la escala penal, función de regulación y, b) cancelando directamente la solución vindicativa cuando la vulnerabilidad al poder punitivo se explica por situaciones extraordinarias de necesidad, errores invencibles, o por la enfermedad psíquica grave. En estos casos, con la salvedad que pueda hacerse del estado patológico, la inferiorización es por lo general situacional. Función de represión de la violencia vindicativa.

En este esquema la inimputabilidad encuentra por fin coherencia en el cuadro general de la culpabilidad penal. Pero la mayor riqueza que logra esta categoría radica en la orientación para regular o cancelar goce destructivo expiatorio sobre individuos o grupos inferiorizados.

Efecto anarquía de la solución punitiva: la muerte violenta en el genocidio por goteo. La tercera etapa de la escuela latinoamericana se inicia con la creación de la *Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC)* en 2012 en Guatemala, con el objetivo de atender en la región una nueva crisis humanitaria. Es un hecho inequívoco que el incremento extraordinario, racializado de la muerte violenta y la prisionización en el continente a partir de la década del 90 pasada, está asociado a la guerra punitiva a las drogas. Todavía presentes los traumas postgenocidas en la región se abren otras vías para la masacre expiatoria cuya singularidades la distinguen del pasado. La cuestión racial se anuda a un nuevo estereotipo de inferiorización y persecución: el delincuente consumidor-traficante demonizado como la encarnación del mal absoluto por discursos profesionales, la autoridad política y, fundamentalmente, por la empresa

comunicacional. La fabricación de este enemigo absoluto no difiere en absoluto del *delincuente subversivo* conocido entre nosotros. En cualquier caso la ejecución extrajudicial, la tortura o prisionización masiva está precedida por una inferiorización.

Como en el genocidio la muerte violenta es masiva, pero no sistemática, porque la mayor cantidad de muerte violenta tiene por causa el *efecto vacío* que produce la intervención punitiva en el mercado ilegal de las drogas. Esta característica es general del poder punitivo como se describió más arriba. Pero en condiciones de extrema desigualdad, la decisión por la respuesta vindicativa y racializada para la economía de las drogas es propiciatoria de situaciones de violencia letal anárquica entre grupos que compiten por territorio y mercado en expansión. Cientos de miles de jóvenes, hombres, pobres, urbanos, no-blancos, son devorados por el revés de la solución punitiva: *la renuncia al gobierno soberano del conflicto*. Increíblemente, donde hay soberanía punitiva no hay soberanía política.

Como en cualquier otro caso de selectividad punitiva el estereotipo de inferiorización es más amplio que el que el estereotipo de persecución, porque para que exista una situación de vulnerabilidad concreta al castigo, ella tiene que estar precedida por una elección subjetiva. La etiqueta de peligro contaminante puede alcanzar a una población entera, pero sólo una parte atrae para sí solución vindicativa y ello siempre depende, en una última instancia, de singularidades subjetivas, que la etnografía urbana describe como gravemente

autodestructivas²⁹. En el caso de la guerra punitiva a las drogas estas características de la selectividad en el castigo se hace masiva en letalidad policial, en prisionización, pero de modo extraordinario en muerte violenta a causa del *efecto anarquía*.

América Latina no es el continente más pobre del mundo pero socialmente es el más desigual. Suficiente razón para que la economía ilegal de las drogas funcione como aspiradora de situaciones concretas de vulnerabilidad que explican que la región encabece el ranking de las tasas de homicidio doloso más altas del planeta. Los estudios del ILANUD (Instituto latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente) de las dos últimas décadas son inequívocos en este sentido³⁰.

*Los datos de realidad nos golpean la cabeza*³¹. Los cálculos más conservadores de la UNODOC (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) sobre la población con-

²⁹ Para EEUU, P. Bourgois, *En busca de respecto. Vendiendo crack en Harlem*, Buenos Aires, 2014, M. Davis, *La ecología del miedo*, Barcelona, 2001 y *Ciudades muertas. Ecología, catástrofe y revuelta*, Madrid, 2007; sobre el gueto el clásico, D. Harvey, *Urbanismo y desigualdad social*, Madrid, 2014; en la literatura negra, A. Davis, *Democracia de la abolición. Prisiones, racismo y violencia*, Madrid, 2016 y M. Alexander, *El color de la justicia*, Madrid, 2014. En México, la minuciosa descripción periodística de la autodestructividad en la guerra narco, I. Grillo, *El narco*, Barcelona, 2011, L. Astorga, *El siglo de las drogas. Del porfiriato al nuevo milenio*, México, 2016. Para Argentina, C. Alarcón, *Cuando me muera quiero que me toquen cumbia*, Buenos Aires 2014 y *Si me querés, quereme transa*, Buenos Aires, 2014.

³⁰ E. Carranza, *¿Es posible reducir la tasa de homicidio en América Latina? ¿Qué hacer?*, INACIPE, México, mayo 2016.

³¹ La catarata de datos que siguen fueron tomados del Informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre la “*Situación mundial en la prevención de la violencia*”, año 2014, realizado conjuntamente por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Oficina de las Naciones Unidas para las Drogas y el Delito (UNODOC); del informe de esta última institución sobre *Homicidios*, año 2013. Los datos relativos a las consecuencias humanitarias de la guerra punitiva a las drogas, del Informe *Asumiendo el control*, Global commission on drug policy, septiembre 2014 y del informe “*Count the cost, 50 years of the war on drugs*”, año 2015. Sobre el homicidio de jóvenes negros en Brasil, el *Mapa de la violencia en Brasil, 2013, Homicidios y juventud negra en Brasil*, Presidencia de la República. Sobre los datos en la prisionización masiva de negros en EEUU y la comparación con la esclavitud, M. Alexander, *op. cit.*

sumidora de drogas ilegales es de 155 y 250 millones de personas entre 15 y 64 años de edad. La prisionización masiva de consumidores por tenencias insignificantes es global igual que el uso masivo de la pena de muerte para el comercio. En Ucrania la posesión ínfima se castiga con tres años de cárcel. En Rusia una jeringa con restos, la mitad de esa pena. Los mismos hechos en Iran, Yemen y Egipto los juzgan tribunales militares. En Indonesia los consumidores pueden ser detenidos por nueve meses antes del juicio y el presidente al que llaman “El castigador” habilitó los asesinatos extrajudiciales. En EEUU la venta de crack tiene la misma pena que el homicidio. En China existen 700 centros de desintoxicación forzosa y 165 de trabajo y rehabilitación. Un gulag que encierra a 350.000 personas. Lo mismo hace Camboya. Más de cuarenta países ejecutan castigos físicos con látigo, azote y garrote, entre ellos Malasia, Irán, Arabia Saudita, Qatar, Brunei, Nigeria, Libia, Emiratos Arabes. Otros 32 países mantienen la pena de muerte para delitos de drogas y en 13 la muerte es obligatoria para algunas calificaciones. La mayoría de las ejecuciones ocurren en China, Iran, Arabia Saudita y Vietnam por ahorcamiento, fusilamiento, decapitación e inyección letal. Cada año ocurren 1.000 ejecuciones en todo el mundo por delitos de drogas. Sólo en China en 2007 por otros delitos, se estima la muerte entre 2.000 y 15.000 personas. En Iran en el año 2010 hubo 650 ejecuciones de las cuales 590 estuvieron relacionadas con drogas. En Malasia entre 2004 y 2005 de las 52 penas de muerte que aplica 36 fueron por droga. En 2003 el gobierno de Tailandia lanzó una ofensiva que en tres meses produjo 2.800 ejecuciones extrajudiciales.

En México se calcula que 1.000 niños perdieron la vida y que 50.000 perdieron a alguno de sus padres. La cantidad de muertos por la misma causa a partir de la militarización de la guerra en 2006 llega a una cifra de 100.000 víctimas sin contar la desaparición de personas que se calcula en más de 20.000 para el mismo período.

EEUU ejecuta homicidios selectivos y secuestros contra traficantes fuera de sus fronteras. En 2009 tenía 50 personas incluidas en “listas negras” para ser muertas o capturadas. En 2008 más de la mitad de las 2,5 millones de personas prisionizadas en este país lo son por causas de droga. Este país encarcela más personas por delitos de droga que los que van a prisión en Europa por cualquier delito, teniendo una población mayor. A pesar de contar con índices de consumo y comercio parejo entre la población blanca y no blanca y que la población negra representa el 13% del total, la prisionización de jóvenes negros alcanza el 45 %, latinos 20 % y blancos 28 %.

Cuando se describe la guerra punitiva a las drogas, el efecto anarquía tiene otras consecuencias paradójales muy significativas. Se estima que la población consumidora no problemática es 13 veces mayor que la problemática, 250 millones de consumidores recreativos y 16 millones de consumidores en situación de riesgo. Esto por sí solo indicaría de modo irrefutable la naturaleza imaginaria del mal absoluto que se atribuye a consumidores y traficantes.

El peligro para la existencia misma de la sociedad humana, como lo formuló una sentencia del máximo tribunal de justicia de mi país emparenta la guerra punitiva a las drogas en discurso y acción con cualquier genocidio moderno. De cualquier modo, la solución punitiva para una epidemia

que afecta la salud, amplifica lo que alucina erradicar, creando las condiciones para una verdadera crisis humanitaria de escala global. A la prisionización masiva racializada, las ejecuciones extrajudiciales, el extendido uso de la pena de muerte y a la muerte violenta también generalizada como una epidemia más, deben sumarse otras consecuencias igualmente graves.

El consumo de drogas inyectables causa 1 de cada 10 infecciones de HIV que en Europa Oriental y Asia Central llegan hasta el 90 %. Sólo en Rusia el 37% de los 1,8 millones de personas que se inyectan viven con HIV. Por el contrario dónde existe regulación política con programas de reducción de daños la infección se redujo por debajo del 5%. La OMS cree que en el mundo 5.500 millones de personas, como resultado de la guerra, tienen escaso o nulo acceso a medicinas opiáceas para el tratamiento del dolor.

Otras crisis humanitarias más localizadas tienen por causa la erradicación militar de cultivos con los mismos herbicidas que se usaron en la guerra de Vietnam. Ello ha tenido como resultado migraciones masivas de pueblos indígenas, encarcelamientos de productores e inseguridad alimentaria. Sólo en Colombia se desplazan por año 20.000 personas. En Afganistán los cultivos son bombareados por la OTAN y las poblaciones escapan a Afganistán.

En América Latina la muerte violenta se mueve de un lugar a otro. La renuncia en soberanía política por elección de soberanía punitiva se cobra la mayor cantidad de víctimas en guerras territoriales entre carteles y bandas para el control del mercado al menudeo o el comercio internacional. No ha habido caso en que la destrucción física o el desbande de una

organización a causa de la intervención del poder punitivo no haya tenido por efecto, que otros rivales más audaces, violentos y mejor armados ocupen el lugar vacante o que se desplacen de un territorio a otro más seguro. La erradicación de cultivos de coca en Perú y Bolivia trasladó el negocio a Colombia. A partir de la década de 90 pasada se desplaza al norte de México y en el presente a países de América Central. La conclusión en este punto de las organizaciones liberales con información del último medio siglo de guerra, la resumen del siguiente modo: aunque la solución punitiva pueda mostrar resultados aparentemente eficaces, que se atribuyen políticos, policías y militares, para la economía de las drogas son marginales, localizados y temporales y para la vida y la seguridad la causa de una crisis humanitaria de alcance planetario.

La ley penal aumenta los homicidios. Entre los delitos violentos en la ciudad de Los Angeles los casos relacionados con las drogas son el 43% de los 1365 homicidios (el 94% ocurridos con armas de fuego) ocurridos entre 1994 y 1995. Este crecimiento extraordinario del homicidio doloso sólo puede compararse con el incremento de la epidemia de muerte violenta que la ciudad padeció en la guerra punitiva al alcohol en la década del 20 pasada. En Colombia durante los años más duros de la guerra la tasa anual de homicidio se elevó a 100 cada 100.000 h.. Un estudio realizado en 2011 por UNODOC establecía que en América Central los hombres tienen una probabilidad en cincuenta de ser asesinados antes de cumplir los 31 años.

Para la Organización Mundial de la Salud en 2012 perdieron la vida en homicidios dolosos en el mundo 437.000

personas. La mayoría ocurrió en América con el 36%, el 31% en África, el 28% en Asia, el 3% en Europa y el 0,3% en Oceanía. Lo más revelador es que entre los primeros 23 países en que más se mata 18 están en este continente. Cuando se analiza el homicidio doloso por subregión las cifras son más alarmantes: África del Sur y América Central tienen promedios 4 veces mayores al promedio mundial que es de 6,2 homicidios dolosos cada 100.000 h.. Le sigue América del Sur (centro y norte del subcontinente) África Central y el Caribe con tasas entre 16 y 23 homicidios dolosos cada 100.000 h.. Pero no salimos del asombro al conocer que 3.000 millones de personas viven con tasas bajas de homicidio y en cambio a 750 millones la muerte violenta le pisa los talones. La mitad de los homicidios dolosos ocurre en países que representan el 11% de la población mundial. El continente, a partir del inicio a la guerra punitiva a las drogas en 1960 hasta 1995, tomando el promedio de cinco países, duplicó la tasa de homicidio de 8 a 17 cada 100.000 h.. Para esta época la ciudad de Cali llegó a tener 112, San Salvador de Bahía, 95, Caracas, 76, Río de Janeiro, 63,5, Lima 25, México 19.

En la misma época, lo mismo sucede en las ciudades norteamericanas. En 1991, Washington DC tiene una tasa de 80 homicidios dolosos cada 100.000 habitantes, Detroit, 62,8 en 1987; Dallas 48,6 en 1991; Baltimore 48,2 en 1993; Houston, 36,5 en 1991, Chicago 33,1 en 1992, Memphis, 32 en 1993, Nueva York, 30,7 en 1990 y Boston 24,9 en el mismo año. En el promedio general del país la tasa se duplica con el desarrollo de la guerra punitiva a las drogas. Para la primera década del nuevo siglo a pesar de una significativa reducción del promedio general, todavía ciudades como Nueva Or-

leans, Detroit, Baltimore, Newark, Washington DC, Cleveland, Atlanta, Houston, Chicago y Nueva York tienen tasas de homicidio comparables a la de países como Honduras, El Salvador, Guatemala, Colombia, Brasil, Sudan, República Dominicana, Ecuador, Guayana y México. Entre las cincuenta ciudades con más homicidios dolosos del mundo, que tienen entre 25 y 141 cada 100.000 h., es decir entre 3 y 17 veces por encima de lo que la OMS considera epidemia, hay 21 de Brasil, 7 venezolanas, 5 mexicanas, 5 colombianas, 4 de EEUU, 3 sudafricanas, 2 en Honduras, 1 en Guatemala, 1 en El Salvador y una en Jamaica.

El destino de los jóvenes negros de Brasil. Por el lugar que Brasil ocupa en el registro de la violencia merece atención especial. Su caso es ejemplo del exterminio de la juventud negra en las periferias urbanas pobres del país. Los homicidios dolosos son la principal causa de muerte entre los 15 y 24 años para jóvenes negros. De los 51.198 homicidios ocurridos en 2011 más de la mitad (27.471) fueron jóvenes, de los cuales el 71,44 % corresponde a población negra y masculina en el 93,03 %.. En 1996 la tasa de homicidio era de 24,8 para elevarse a 27,1 en 2011 y los juveniles pasaron de 42,4 a 53,4 cada 100.000 h.. Cuando se mide tiempos más largos las cifras son de genocidio: entre 1980 y 2011 desaparecieron del Brasil por esta causa 1.145.908 personas. Sólo entre el 2008 y 2011 fueron asesinadas 206.005 personas. Si a ello se le suman otras formas de muerte violenta en igual período, como accidentes de tránsito (995.284) y suicidios (205.890) Brasil perdió en tres décadas por causa de muerte violenta una población del tamaño de la ciudad de Buenos

Aires. En términos de vidas humanas la situación es comparable a los efectos de una guerra. Los 62 conflictos armados en el mundo entre el 2004 y 2007 produjeron la misma cantidad de víctimas que los homicidios de Brasil entre 2008 y 2011. El homicidio juvenil en las capitales del país es devastador, en 2011 cada 100.000 h. se registran estos números: Maceió, 288, Joao Pessoa, 215; Salvador, 164, Vitoria, 150; Recife, 142, Fortaleza, 129, Natal, 123; Manaus, 120; Belén, 103; Porto Alegre, 82; Río de Janeiro, 41; Florianópolis, 49; San Pablo, 20.

Mas cerca de EEUU, más muerte. La situación en México, Honduras, El Salvador y Guatemala, alcanzó proporciones también genocidas. En estos dos últimos países la víctimas de homicidio dolosos ya superan las muertes de las guerras civiles del siglo pasado. En 2011, Honduras mostraba una tasa de homicidios de 92, El Salvador, 70, Guatemala 40 y México 24 cada 100.000 h.. En la región el caso de Nicaragua es extraordinario y debe estudiarse más en profundidad. Tiene un tasa relativamente baja en comparación con sus países vecinos, apenas más de 8 homicidios cada 100.000 h.. Más allá de esta situación particular -explicable en los efectos de la revolución sandinista- no puede soslayarse el dato irrefutable que indica que el 95% de la cocaína que ingresa al mercado de EEUU con 25 millones de consumidores, el 10 % del total mundial, proviene de sudamérica pasa por México y el corredor de América Central. Este mapa de la economía ilegal de la droga sobre el que se desplaza solución

vindicativa deja como saldo un itinerario de ciudades muertas. La ciudad de Juárez³² fue durante 3 años consecutivos en esta década la capital mundial del homicidio doloso con 239 cada 100.000 h.. Un general retirado del ejército mexicano, director de seguridad pública de la ciudad de Torreón, reconoció al periódico “La Jornada” el 13 de marzo de 2011: “cuando agarro a un Zeta o Chapo lo mato ¿Para qué interrogarlo?”.

¿Dónde están los negros en EEUU? Igual carácter racializado tiene el homicidio doloso que la prisionización masiva. La cárcel en América tiene color propio y es el *no-blanco*. Si en Brasil la solución punitiva mata y dejar morir negros, EEUU los prisioniza en una forma que ya nadie duda en calificar como una nueva esclavitud. En un poco más de tres décadas EEUU paso de tener 300.000 presos a más de 2 millones. Dos tercios de este incremento se atribuyen a la guerra contra las drogas. Ningún país en el mundo prisioniza a tantos miembros de un grupo nacional. Incluso lo hacen en una escala superior a lo hecho por el *apartheid* sudafricano. En Washington DC, se prevé que 3 de 4 jóvenes negros pasen un tiempo en prisión. En 2001 se calculaba que el consumo de drogas ilegales abarcaba el 6,4% de población blanca, el mismo porcentaje para la población negra y 5,3% para los latinos. En general un consumo similar al de Europa. Pero en las principales ciudades asoladas por la guerra a las drogas, el castigo y pérdida de otros derechos fundamentales para la vida, alcanzaba al 80% de los jóvenes negros. En 2006, 1 entre 14 negros estaba en prisión. Si se tiene en

³² Sobre los asesinatos masivos de mujeres, R. Segato, *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en la ciudad de Juárez*. Buenos Aires, 2013. Hace una aproximación teórica en *Las estructuras elementales de la violencia*, Buenos Aires, 2016.

cuenta un rango etario de 20 a 35 años de edad la relación es de un 1 negro preso por cada 9 en libertad. La posesión y el comercio de crack se castiga con penas de prisión 100 veces más severas que la cocaína. El 93% de los condenados por causa del crack son negros.

Cuando se estudió el racismo en la ejecución de la pena de muerte en Georgia (*Estudio Baldus*) se descubrió que los acusados de matar a víctimas blancas tenían 4,3 veces más posibilidades de ser condenados a muerte, que los acusados de matar a negros. Un negro liberado de prisión tiene iguales derechos que un esclavo liberto. Como en el régimen *Jim Crow* no votan, no trabajan, se les priva de vivienda social y educación pública. Hoy en día hay más adultos afroamericanos en prisiones o bajo control penal que los que estaban esclavizados en 1850. Según un informe de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale en 2015 había 100.000 personas que cumplían pena en celdas de castigo.

Como se pregunta Michelle Alexander -activista y académica negra- en el más revelador texto de criminología de las últimas cuatro décadas de EEUU, “¿Dónde se han ido los jóvenes negros en este país?”

¿Es posible una teoría punitiva de la muerte violenta? Se conoce de esta potencia soberana devoradora su origen en la agresividad humana, precedida por una experiencia de malestar que la destrucción convierte en goce al reducir displacer subjetivo. Pero la identidad entre lo humano singular con la soberanía punitiva termina cuando ponemos en escena al objeto sacrificial. En cualquier sociedad humana salvaje o civilizada siempre es de poco o ningún valor. Se gana en re-

ducción de malestar mediante la pérdida de alguien inferiorizado, despreciable, contaminante. Por esta ganancia la víctima se vuelve sagrada. Con poco se cree obtener mucho. Los romanos lo previeron en la leyes penales de las XII tablas con la expresión “*sacer esto*” cuando fijan el talión que debe cumplirse. Por el contrario no hay descripciones clínicas ni especulaciones metapsicológicas en que la pulsión de muerte deba desplazarse sobre objetos inferiorizados social y culturalmente. A diferencia de lo que ocurre en la soberanía punitiva, que toma un pedazo de vida humilde para convertir la destrucción en algo positivo para la sociedad, por lo común en la economía psíquica, la primera víctima en los casos más graves es la propia persona.

No hay certeza en la tesis sacrificial del castigo, únicamente tiene la ventaja de ser menos improbable que cualquier fantasía preventiva o retributiva. Otros antes que nosotros advirtieron la familiaridad del castigo público con el sacrificio y con la guerra³³. A este linaje hemos agregado la masacre estatal. Falta todavía en esta aproximación incorporar la muerte violenta.

A principios de la década del 90 pasada la *escuela latinoamericana* observó que la letalidad policial era cien y diez veces mayor que en Europa y EEUU respectivamente³⁴. Hoy deberíamos completar la descripción considerando especialmente el contenido racial y de limpieza étnica de la solución punitiva que tiene origen en lo que denominamos, a falta de un nombre mejor “efecto anarquía” de la intervención penal. La herencia colonial y esclavista en el continente dejó una

³³ Por ejemplo, en el pensamiento antiliberal y reaccionario de J. De Maiestre, *Las veladas de San Petesburgo*, Valencia, 1832 y en 1889 en la obra pionera del jurista y poeta brasileño, T. Barreto, *Introducción al estudio del derecho penal*, Buenos Aires, 2009.

³⁴ E. Zaffaroni, *Muertes anunicadas*, Bogotá 1993.

huella profunda que facilita el trabajo de la solución vindicativa. La inferiorización de grupos enteros de población tiene aquellas marcas, en la prisionización masiva de EEUU o en la muerte violenta de la juventud negra del Brasil. Estas líneas maestras que responden a la pregunta por el castigo, tienen que enriquecerse con más trabajo criminológico.

Conclusión. La pena pública tiene que mantenerse como norte para enriquecer la doctrina de los elementos del delito. Sin mirar la pena pública a la cara no hay doctrina político-judicial para interpretar y aplicar ley penal vindicativa en un sentido reductor o cancelatorio. No hay soberanía política ni regulación pública de la violencia vindicativa cuando se la ignora. Esta es una razón por la que la criminología crítica occidental se volvió insustancial para explicar e intervenir en las crisis humanitarias que causa el poder punitivo descontrolado en latinoamérica y en el resto del mundo postcolonial.

La ley de la venganza es interpretable y por ello un campo de conflicto. Tiene el poder de definir lo que debe tomarse como real, lo que es justo, los enemigos de la autoridad. Puede clasificar e inferiorizar grupos enteros de población, trazar el límite entre lo normal y lo anormal peligroso y otras muchas cosas más en orden al trato punitivo. Pero lo que no puede hacer es asegurar un significado y una práctica de modo permanente³⁵. La historia de la colonialidad latinoamericana muestra las múltiples maneras en las cuales los pueblos oprimidos emplearon las instituciones estatales y de derecho en sus reivindicaciones y afirmación de su identidad.

³⁵ Sobre esto, S. Hall, *Sin garantías. Trayectoria y problemáticas en Estudios Culturales*, Quito, 2010.

La ley en general nos constituye como sujetos, pero puede reinterpretarse y modificarse el sentido, por eso la historia puede cambiar.

A diferencia de la criminología crítica occidental que vió unicamente en la ley penal un instrumento de dominación capitalista, en latinoamérica la criminología se puso al servicio de una interpretación y aplicación de la ley penal en sentido opuesto a la dirección vindicativa. Por supuesto que esta intervención no se da en el vacío. La lucha por esta hegemonía cultural es política, comunicacional, académica, etc.. Sin embargo le pertenece por derecho propio a un poder de gobierno estamental, corporativo, organizado más para controlar excesos democráticos que para la ampliación de derechos. Una criminología orientada a la operatividad reductora del derecho penal no es suficiente sin hacer también criminología de las estructuras judiciales.

Latinonamérica padece esta falta, con consecuencias que todavía no se pueden medir del todo, pero apuntan a un retroceso en materia de derechos sociales, políticos y humanos fundamentales. Las empresas de comunicación masiva y el poder judicial están cumpliendo la función que en el siglo pasado tuvieron las fuerzas armadas y de seguridad. La naturaleza corporativa y antidemocrática de las estructuras judiciales favorecen su manipulación para conspiraciones destituyentes que tienen como protagonistas a fiscales y jueces penales. Estos graves problemas tienen que ser urgentemente atendidos, porque la burocracia y el estamento siempre han favorecido soluciones vindicativas como se conoce desde la inquisición moderna.

Cuando uno observa detenidamente cómo la agresividad humana se organiza en forma de venganza, sacrificio, pena

pública, genocidio y guerra, no puede dejar de hacer notar que lo que nos diferencia del salvaje no es ni la práctica punitiva ni su racionalización. Con el nacimiento de la autoridad soberana no se pasa de la anarquía vindicativa interminable a la civilización pacificadora. Aunque todavía esta historia se enseña en las escuelas de derecho, esa vida salvaje imposible nunca existió. Lo que sí parece haber ocurrido es lo contrario. La generalización de la solución vindicativa como consencuencia también de la ampliación de la población inferiorizada cuando la soberanía política divide a la sociedad entre los que mandan y los que obedecen.

Cuando se pasa de una sociedad de iguales a una sociedad dividida socialmente, se pasa de una sociedad con conflictos a otra donde el malestar es estructural y permanente, y por eso mismo propiciatoria de mayor cantidad de agresión destructiva que encuentra salida rápida en la solución vindicativa. Lo que hacemos en la civilización es generalizar una práctica que los salvajes tenían contenida. Lo que era extraordinario y trágico lo convertimos en asunto de todos los días. En cambio, desestimamos lo que mejor hacían en la igualdad, la reparación frente al delito.

El hombre como lobo del hombre define más a la soberanía política moderna que a los salvajes. Hace tiempo que la filosofía, o lo que queda de ella, abandonó el castigo. El año pasado se cumplieron 40 años desde que apareció *Vigilar y Castigar*. Pero Foucault no escribió un libro sobre el castigo sino de una tecnología normalizadora que lo reemplazó. Con la excepción de un colega suyo, habría que remontarse hasta los clásicos para encontrar un filosofía de la pena.

Jaques Derrida en los últimos años de su vida dicta dos seminarios, en EEUU sobre la pena de muerte y las ejecuciones sistemáticas en ese país y que se continúa en Francia con el estudio de la complicidad entre *El soberano y la bestia*³⁶ en el que retoma la dialéctica de la autoridad moderna, como bien y como mal a la vez. La guerra entre lobos depredadores se supera cuando sólo uno entre ellos sigue siendo lobo y convierte al resto en rebaño. Define al poder punitivo como una fuerza aniquiladora. Que el lobo depredador esté investido como soberano para cuidar al pueblo-ganado es una de la más paradójicas de la teoría política moderna.

Al reconocer en la soberanía esa capacidad de situarse fuera del derecho para garantizar la existencia de la sociedad, hace que el soberano se parezca a la bestia que está fuera de la ley, como en la masacre estatal. En esta analogía entre el soberano y la bestia, Derrida no puede evitar volver a la pena pública y al miedo en Hobbes .

El castigo es el nervio que hace mover las articulaciones y cada miembro del cuerpo político, como el sacrificio y el verdugo para otros filósofos reaccionarios que van más profundo por el camino que abrió el *Leviatán*. Miedo (o angustia) es el resorte esencial de la subordinación del rebaño al soberano. La autoridad es el resultado trágico de un intercambio de protección por obediencia. Derrida recuerda que para Carl Schmitt, buen discípulo de Hobbes, el “*cogito, ergo sum*” de la política era “*protego, ergo obligo*”.

Amigo del psicoanálisis, señala que el sujeto de la obediencia también es oscuro, porque lo que tiene de crueldad punitiva el ejercicio de la soberanía no existiría sin afectos

³⁶ J. Derrida, *La bestia y el soberano*, V. I (2001-2002), Buenos Aires, 2010, también en J. Derrida y E. Roudinesco *¿Y mañana qué?*, Madrid, 2009.

de satisfacción o goce para esa pulsión devoradora de hombres. Cuando piensa en la pena de muerte y en todo castigo, Derrida señala que el estado no prohíbe la crueldad para abolirla sino para monopolizarla.

Mucho antes, en los textos contracoloniales, Bartolomé de las Casas (*Brevísima relación de la destrucción de la Indias*, 1552) definió a la autoridad conquistadora y a los encomenderos como caníbales: “lobos y carniceros feroces que consumen la sangre y los cuerpos de los indígenas en sacrificio hecho a la codicia”.

La *escuela latinoamericana* llega a resultados parecidos en la caracterización de la soberanía punitiva, pero lo hace sin desconocer que el estado también es un extraordinario invento para la organización humana y su transformación. La autoridad soberana no nació con la sociedad de clases, tuvo origen en una elección política para ese fin, del mismo modo que los salvajes hacían política para impedir la aparición de la autoridad. No estaban errados, como lo demuestran los que a duras penas sobreviven. En cambio para los que no pueden escapar de la jaula soberana, el mal puede ser menos doloroso con la ley y Estado a su favor.

