

La pena según Nietzsche

Por Raúl Fernando Elhart¹

I. Presentación y el asunto a considerar

El trabajo que de seguido expongo forma parte de una serie de labranzas. Se trata de revisar, analizar y sintetizar el pensamiento de filósofos destacados en lo relativo a la pena. Como dice el título, en el caso se trata del alemán Friedrich Wilhelm Nietzsche, nacido en Röcken, cerca de Lützen, el 15 de octubre de 1844 y fallecido, a los 56 años de edad, en Weimar el 25 de agosto de 1900, quien además de filósofo, fue poeta, músico y filólogo. Este filósofo ha sido considerado uno de los pensadores contemporáneos más influyentes del siglo diecinueve.

La cuestión de la pena, su sentido, significado, eventual utilidad o inutilidad, se sigue planteando hoy día –sociedad moderna y posmoderna- como un asunto de discusión, sin perjuicio de que los estados nacionales, en definitiva, con base en leyes locales y supranacionales (incorporadas a sus ordenamientos jurídicos), siguen aplicando tales procedimientos de castigo -en sus casos- a quienes son condenados por tribunales hábiles.

Pero más allá de lo que la legislación diga e imponga, la cuestión sigue generando discusiones. Las doctrinas de resocialización, que hace dos décadas caían en descrédito, hoy en Argentina tienen absoluto apoyo jurídico normativo, y, sobre esa base (ley de jerarquía constitucional), han recobrado aplicación e influencia en las dilucidaciones y construcciones jurídicas de la jurisprudencia nacional de un modo insospechado. Hasta hace diez años se hablaba del “nothing works” norteamericano, del nada funciona, como fin de las doctrina denominadas “re”, no obstante ello, y pese a que se sigue teniendo serias dudas acerca de si la resocialización instituida por ley como fin de la pena tiene posibilidad real de éxito, prosigue la rueda de la vida institucional exhibiendo la resocialización como fin esencial de la pena.

No es la idea, ni la pretensión, que mirando hacia atrás, hacia lo que han dicho los filósofos en tiempos pretéritos, pueda resolverse la cuestión. Pero sí parece interesante revisar en forma llana, directa y sintética sus posiciones, y además de exponerlas en tal forma, luego formular una mirada crítica (en el caso de quien suscribe) acerca de tales posiciones. Como dije al comenzar, en el caso con relación al filósofo Nietzsche.

Ya en concreto, luego de revisar en la actualidad la obra completa de Nietzsche, lo cual implicó una comprensión más acabada de su pensamiento, de la que tuve al leerlo en la juventud, he arribado a dos ideas sintéticas: (a) por un lado está el Nietzsche que analiza lo que observa, el Nietzsche que explica, que quita velos, el crítico sorprendente e incansable de la realidad en que vivía, de sus congéneres y de la sociedad que conoció, así como del origen de las instituciones y procedimientos. Éste es el Nietzsche que cuestiona prácticamente todo. Si hubo filósofos que intentaron formalizar –en tomos y extensas y racionales elucubraciones- una explicación y ordenamiento total del mundo, Nietzsche, por el contrario, fue un destructor del pensamiento y de la comprensión existente, de los valores dominantes de su época, y de la evolución del hombre desde la semianimalidad en adelante. En ese ámbito, acertado o no (no es este trabajo

¹ Magistrado. Especialista en Derecho Penal y Criminología.

dedicado a la consideración de toda su obra; se circunscribe el examen a la pena), él ha sido valioso, reitero, se esté o no de acuerdo con sus críticas. En particular, se verá el análisis que realizó de la pena, no como él la admitía, sino como era admitida por la sociedad en que vivió, y asimismo tal como fue en su genealogía siendo admitida. Espeluznantemente expresa la comprensión que brinda de este asunto. Y ya anticipo, para quizás intentar interesar al eventual lector, que él a mi juicio no fue un defensor de la pena, sino un crítico absoluto. (b) Pero además de ese perfil de Nietzsche, está el del pensador que no se quedó en la crítica negativa, y que propuso ideas, que propuso cómo debería comportarse el ser humano, cómo debería comportarse la sociedad. Lo de Nietzsche en este respecto va más allá de la pena, va más allá del bien y del mal (tal como estos conceptos fueron entendidos por el resto y en general por la sociedad moderna y posmoderna), y creo haberlo entendido y comprendido acabadamente. Él hace propuestas que de ninguna manera pueden ser compartidas con quien escribe estas líneas, propuestas que propenden a un cambio radical del mundo de la vida, del mundo del ser humano, del propio ser humano. Un mundo de vida feroz basado en el instinto, en la voluntad, en la fuerza, en el caos, en la violencia y en la guerra. Sus ideas, de ser atendidas, apreciarían directamente a un mundo que se regodearía en la sangre derramada de los eventuales perdedores, de los débiles del momento, un mundo que enaltecería a los más fuertes u ocasionales triunfadores, sería el mundo de la guerra, del caos, fundamentalmente de la liberación de los instintos respecto de las leyes jurídicas y normas morales hasta llevar al instinto a su máximo esplendor.

Conforme lo dicho, a continuación daré cuenta, así, llanamente, en primer lugar del Nietzsche crítico (crítica negativa), de sus análisis agudos sobre el significado de la pena (que él no defiende) en la sociedad en que él vivió y sobre la genealogía de la misma; sobre el final trataré brevemente la propuesta acerca de cómo debería comportarse y liberarse al hombre, la cual, tomada y considerada seriamente, resulta rechazable e incluso repudiable.

II. Las cosas buenas: las seis o siete verdades en que se cree, se han aprendido a base de castigo y derramamiento de sangre

La primera reflexión de Nietzsche sobre la pena y su función o finalidad impacta: él muestra que seis o siete cosas buenas que la sociedad ha considerado así, se han marcado a fuego en el hombre, mediante penas, mediante el derramamiento de la sangre de los humanos para que aprendan que esas son justamente las cosas buenas². De esta manera Nietzsche en primer lugar decide que las bases de lo que creemos que es correcto, las creó el hombre, y las fijó en nuestras consciencias luego de siglos de castigos severos. Hay aquí un rechazo por ende a que el derecho existente sea un derecho natural (él lo estima un derecho artificial), o proveniente del obrar de un dios, y, por otro lado, una primera acepción en su genealogía de lo que se consigue con la pena, con el causar dolor en relación con una violación a un precepto (creado por los hombres para constreñir los instintos): grabar en las consciencias que tal o cual comportamiento es bueno y que tal otro es malo o indebido. Hablaría aquí Nietzsche entonces, según la terminología moderna del derecho penal, de una finalidad de prevención especial negativa. Aprender en base al castigo. Hacer sufrir para enseñar.

Pero Nietzsche no se queda solo con ello. Explica que esta interpretación de la pena, que con el tiempo crea o genera el sentimiento de culpa en el ser humano, tiene un origen más remoto, que no tenía relación ni con el aprendizaje a

² Nietzsche Friedrich, La genealogía de la moral, Alianza Editorial, Buenos Aires, 1995, págs. 69/71.

que refiere ni con el sentimiento de culpa. Dice que la concepción de pena proviene del derecho romano, del deudor que no cumplía con el acreedor, entonces se le permitía a este último, cortar pedazos del cuerpo y de la carne del deudor, según estimase necesario. Entiende Nietzsche que en esta etapa pretérita, acreedor/deudor, no había un sentimiento de culpa ni una intención de generar una consciencia sobre lo bueno: se trataba simplemente, según su entendimiento, de dar el placer al acreedor defraudado de satisfacer su desconsuelo mediante el herir, lastimar y cortar el cuerpo del deudor. Era entonces, según puedo interpretar el concepto de Nietzsche para tal época pretérita, una especie de compensación que se le daba al acreedor. Tal compensación consistía en su dilucidación de la situación en brindarle al acreedor el placer, el derecho, de causar crueldad en el otro -o sea, en un impotente-; habla incluso del derecho a sentir un bienestar por parte del acreedor al ejecutar ese acto de pena. Se trataba, prosigue en su explicación, del derecho de los señores sobre el inferior, proveniente de un contrato incumplido o defraudado³. Entonces hay dos momentos en su comprensión de la pena: uno originario en el que no tenía finalidades como las entendemos en la actualidad (ni en los últimos veinte o treinta años), sino simplemente el brindar al acreedor defraudado el placer de humillar y lastimar al deudor. Y un segundo momento donde se genera la finalidad de implantar valores, que él llama "mala conciencia". Nietzsche está en desacuerdo con estos valores porque se encuentran en oposición al elemento que él más valora, que sería el principio superior según Nietzsche, el principio rector: el instinto en su plenitud y su desarrollo y evolución hasta puntos inimaginables. En otras palabras, toda ley tal como las que conocemos y rigen en la actualidad, limitan, restringen en parte, en algún segmento o sentido el instinto del ser humano, y ello es lo que repele Nietzsche.

III. El fin de la pena en Nietzsche: una interpretación de la pena existente, de la que dicho autor, luego de diseccionar y explicar en su significado, reniega enfáticamente

Y ahora sí, lo que es según mi parecer la explicación que Nietzsche da sobre la pena, en forma profunda, y, en base a una sensibilidad de artista que tal autor incuestionablemente tuvo⁴. Siguiendo con su elaboración, acierta en distinguir el acto de la pena, el infligir sufrimiento por un motivo determinado (causa), de lo que fluye de la pena, esto es, de su finalidad. Y aquí, en su método histórico señala que primero existió aquél acto (la aplicación de pena) en el tiempo remoto y luego le fue añadida (introducida dice él) la finalidad⁵. Apunta Nietzsche que se equivocaban (todos) al imaginar que la pena fue inventada para una finalidad determinada, tal como se equivocaban, dice, los que se imaginaban que la mano había sido inventada para la finalidad de agarrar. Entonces llega este autor a la siguiente conclusión sobre la finalidad que ha sido introducida en la pena con el devenir del tiempo. Sostiene que en un estado muy tardío de la cultura (la Europa de su tiempo) la pena no presenta un sentido único (aquí Nietzsche no diferencia, como lo hacemos ahora, entre fines legítimos de la pena, o fines legales de la pena si se quiere también, sino que su análisis es libre, sin límites que no sean su entendimiento). Concluye en principio que ese sentido, ya en su

³ Nietzsche Friedrich, La genealogía de la moral, obra citada, p. 73/74.

⁴ Quizás, me animo a formular la hipótesis, esta singular libertad de un espíritu tan sensible, en sintonía con la creación artística, poética y musical, haya sido lo que llevó a esa personalidad con brillos únicos, por el otro lado, a proponer modos y entendimientos sobre el ser humano y la sociedad, ajenos a un proyecto, o a un intento, de vida en paz y armonía como sí lo había hecho antes ya Kant. De ninguna manera sus posiciones que más adelante trataré fueron producto de la falta de racionalidad, porque Nietzsche tenía un intelecto sin dudas extraordinario.

⁵ Nietzsche Friedrich, La genealogía de la moral, obra citada, p. 90/92.

época, esa finalidad de la pena, resultaba del todo indefinible, porque expone que en un estadio algo anterior (sin llegar a aquél pretérito) todavía podía revelarse, captarse, unas finalidades entre otras, o una predominante, pero ya en el momento en que escribía sus pensamientos, interpreta que solo hay una síntesis de finalidades y que tal síntesis es indefinible.

Da ejemplos para defender esta postura: dice que en algunos casos destacará la finalidad de intimidar, eliminando el resto de las posibles finalidades. En otros casos, sigue, el sobreañadido de la finalidad es tan accidental que un mismo procedimiento (de hacer sufrir, de aplicar pena), se puede utilizar, interpretar, reajustar para propósitos radicalmente distintos. Y va al grano: (1) puede tratarse de pena para neutralización de la peligrosidad, esto es, para evitar un daño posterior. Esta posición sería compatible en algún punto con el de la escuela positiva. (2) Pena como pago del daño al damnificado en alguna forma. Podría, entiendo, aquí considerarse una retribución directa como venganza o, quizás, ¿ya vislumbrase un derecho penal restaurativo? (3) Pena como aislamiento de una perturbación del equilibrio, “para prevenir la propagación de la perturbación. Pienso que habría algo similar a la pena como negación de la infracción en Hegel, o quizás como la entiende posteriormente Jakobs, pena para reafianzar la confianza de la gente en la vigencia de la norma vulnerada. (4) Pena como inspiración de temor respecto a quienes determina y ejecutan. Sería aquí la pena en un sistema tribal, o la pena en un sistema totalitario. (5) Pena como una especie de compensación por las ventajas disfrutadas hasta aquel momento por el infractor. Cabría al respecto preguntarse: ¿compensación para quién? Tal vez aquí retome la posición de Jakobs, con origen en Hegel y Luhmann. Pareciera ser una compensación hacia un colectivo imaginario, pero bien podría ser vindicativa o de cohesión, aspectos ambos que, en rigor, considero, se aúnan y operan o fungen como una entidad indisoluble. (6) Pena como segregación de un elemento que se halla en trance de degenerar, aclarando aquí Nietzsche, que esta finalidad puede darse respecto de “toda una rama, como ocurre en el derecho chino: y, por tanto, como medio para mantener pura una raza o para mantener estable un determinado tipo social”. Estimo, se trataría aquí de una pena con fines de exterminación, por ser el ser humano de determinada manera, o pertenecer a determinada raza, es decir, un derecho penal de autor en su más clara expresión, con el añadido de su consecuencia, la otra cara de la moneda, reforzar la creencia de los admitidos, de los que pertenecen al tipo social aceptable. (7) También llega a rescatar del pasado la pena como fiesta, como burla de un enemigo finalmente abatido. Intuyo que es equiparable a la pérdida de cobertura en situaciones de poder actual. Aquí la pena para los ajenos, el vulgo, podría tener un significado, mientras que para los líderes triunfantes tendría la finalidad indicada. (8) También habla de la pena como medio de hacer memoria, bien a quien la sufre bien a quienes la presencian como testigos. Interpreto esta posible finalidad que da Nietzsche como ejemplo, como no otra cosa que la prevención especial negativa, por un lado, y por el otro, la prevención general positiva, operando la pena en ambos sentidos. Los testigos hoy día serían de alcance ilimitado en caso de la utilización de medios masivos de comunicación. (9) Pena como pago de un honorario, estipulada por el poder para proteger al infractor de los excesos de la venganza. Creo que se estaría ante una especie de mediación, o ya bien como un modelo de restauración del daño por medios económicos. No se visualiza como multa, ya que habla de honorarios que se pagarían a la víctima, de allí la proximidad con la mediación o el sistema restaurativo. (10) Y Nietzsche sigue con sus ejemplos sobre los posibles fines de la pena, siempre en el marco de su posición de imposibilidad de definir ya en su actualidad, el fin de la pena, no desde un punto de vista normativo legal, sino desde una interpretación libre, de tipo psicológica y sociológica. Indica la posibilidad de ser entendida la pena en caso determinado como compromiso con el estado natural de la venganza, en la medida en que las razas poderosas mantienen todavía ese estado y lo reivindican

como privilegio. Pienso que se trataría, este ejemplo, de la pena impuesta por los dominadores, puestos en la perspectiva racial, sobre los diferentes, como venganza ante comportamientos que impliquen alguna emancipación por ejemplo, retrotrayendo las cosas a su supuesto lugar natural. Podría hoy día interpretarse esta explicación desde perspectivas de macroeconomía. (11) Pena como declaración de guerra y medida de guerra contra un enemigo de la paz, de la ley, del orden, de la autoridad, al que, por considerársele peligroso para la comunidad, violador de los pactos que afectan a los presupuestos de la misma, por estimársele un rebelde, traidor y perturbador de la paz, se le combate con los medios que proporciona precisamente la guerra. Se trataría, según mi opinión, de actos violentos de características bélicas propias de fuerzas armadas o de combate, con finalidad sancionatoria en razón de comportamientos previos del estado o grupo o personas infractoras. Pone ya los pies en un análisis del derecho de la guerra o derecho de los conflictos armados, o derecho internacional humanitario. Se trataría de la cuestión de las represalias, vistas como pena. (12) Por fin, aclara Nietzsche que este listado no es completo, y vuelve sobre la idea de la síntesis indisoluble actual (al menos para su época –que bien se extendería al presente) de la finalidad de la pena, finalidad que como he expresado Nietzsche advierte que ha sido un añadido, una introducción, en algo que en tiempos pasados solo representaba un acto, una ejecución, un procedimiento, sin tales finalidades, y, en especial, sin la finalidad de crear consciencia sobre lo que estaba mal o bien. (13) Por último, sobre esta cuestión vale traer a colación una expresión de Nietzsche plasmada en “La Gaya Ciencia”, donde⁶, bajo el título “finalidad del castigo” dice: “El castigo tiene el fin de hacer mejor al que castiga, éste es el último recurso de los defensores del castigo” (de esta expresión del autor emergen claramente varias cosas: una que la pena según su visión -y tal como lo explicaré de seguido- no logra en el castigado nada positivo; otra que la pena eleva, fortalece o mejora a quien castiga, entendiendo el suscrito que quien castiga podría interpretarse como el grupo exento en general de pena, una especie nuevamente de pena para la cohesión de los no infractores, prevención general positiva). (14) Y a esta posición, negatoria de finalidad positiva de la pena según Nietzsche, se puede sumar su entendimiento sobre la culpabilidad. En el libro citado, “La Gaya Ciencia”, dice⁷ que: “Aunque los jueces más sagaces y las mismas brujas estuviesen persuadidos de la culpabilidad que había en entregarse a la brujería, esa culpa era ilusoria. Lo mismo sucede con las demás culpabilidades”. Aquí, otra vez, Nietzsche desecha la posibilidad de ser culpable del hombre, reniega de la consciencia sobre el bien y el mal instaurados como categorías, pero más aún libera al ser humano de culpabilidad, psicológica, por sus actos. Estos son algunos de los ejemplos que da Nietzsche sobre las finalidades que en su época contiene la pena, finalidades que él no comparte como algo positivo para el ser humano y/o para la especie, porque como dije antes, para él estas finalidades atacan el desenvolvimiento del instinto del hombre, agreden su posibilidad natural de desarrollarse en base a un fortalecimiento del instinto, de su fuerza. Son en definitiva ejemplos explicativos de lo que él observa como finalidades que la humanidad ha generado en el devenir del tiempo, sin que por ello las comparta ni menos aún las defienda.

IV. El auténtico efecto de la pena en la opinión de Nietzsche

Sobre el efecto de las penas en los condenados Nietzsche da dos aspectos⁸. Uno, dice él, que la pena endurece y vuelve frío, concentra, exacerba el

⁶ Nietzsche Friedrich, La Gaya Ciencia, Editorial El Ateneo – LIBSA, España, 2001, numeral 219, p. 146/147.

⁷ Nietzsche Friedrich, La Gaya Ciencia, ora citada, numeral 250, p. 151.

⁸ Nietzsche Friedrich, La genealogía de la moral, obra citada, p. 92/93.

sentimiento de extrañeza, robustece la fuerza de resistencia. Y cuantas veces quebranta la energía y produce una miserable postración y autorrebajamiento, tal resultado es seguramente menos confortante aún que el efecto ordinario de la pena: el cual se caracteriza por una seca y sombría seriedad. Estas perspectivas que da Nietzsche hoy día se dan en Argentina en muchos perfiles y por una diversidad de razones, en los condenados. Añade Nietzsche que se dice que la pena poseería el valor de despertar en el culpable el sentimiento de la culpa, en la pena se busca el auténtico instrumento de esa reacción anímica denominada remordimiento de conciencia. Pero replica Nietzsche que con ello se sigue atentando, todavía en su época, contra la realidad y contra la psicología y mucho más aún contra la historia más larga del hombre, contra su prehistoria. Porque, sigue Nietzsche, el auténtico remordimiento de conciencia es algo muy raro entre los delincuentes y malhechores (terminología de Nietzsche). Dice: las prisiones, las penitenciarías no son las incubadoras en que florezca con preferencia esa especie de gusano roedor. Porque como ya he apuntado en este párrafo, según Nietzsche la pena endurece, seca, vuelve frío al condenado. Ya añade Nietzsche algo interesante: si pensamos en los milenios anteriores a la historia del hombre, es lícito pronunciar el juicio de que el desarrollo del sentimiento de culpa fue bloqueado de la manera más enérgica cabalmente por la pena, pues (prosigue) el procedimiento judicial y ejecutivo mismo impide al delincuente sentir su acción, su tipo de actuación, como reprochable porque él observa que ese mismo tipo de actuaciones se ejerce con buena conciencia: así ocurre, dice, con el espionaje, el engaño, la corrupción, la trampa, con todo lo capcioso y taimado arte de los policías y de los acusadores y además con el robo, la violencia, el ultraje, la prisión, la tortura, el asesinato, ejecutados de manera sistemática y sin la disculpa siquiera de la pasión, tal como se manifiesta en las diversas especies de pena. Explica que la mala conciencia, no aparecía en aquella llamada prehistoria. Lo que allí aparecía era un autor de daños, un irresponsable fragmento de fatalidad. Aquél sobre el que luego caía la pena como un fragmento también de la fatalidad, y entonces el individuo sancionado no sentía ninguna aflicción interna distinta de la que se siente cuando, de improviso, sobreviene algo no calculado. Y aquí llega el segundo aspecto o perfil del auténtico acto de la pena, según el filósofo en examen: una intensificación de la inteligencia, un alargamiento de la memoria, una voluntad de actuar en adelante de manera más cauta. Y completa: lo que con la pena se puede lograr, en conjunto, tanto en el hombre como en el animal, es el aumento del temor, la intensificación de la inteligencia y así se domestica al hombre, pero –según su opinión- no lo hace mejor (y explicita que en realidad podría afirmarse lo contrario: que la pena vuelve más malo al hombre). Como si estas perspectivas negativas sobre los efectos auténticos de la pena según Nietzsche fueran poco, concluye que con frecuencia también lo vuelve más tonto. Evidentemente, desde una perspectiva actual del conocimiento del derecho penal y la criminología, lo que hace aquí Nietzsche es repeler la existencia de los efectos resocializadores de la pena. Por el contrario, opina, como es usual oír a veces, que la cárcel hace peores a los seres humanos en lugar de mejorarlos. En esa inteligencia, niega Nietzsche que genere buena conciencia la pena, la cárcel, niega que propicie el arrepentimiento real, auténtico. Daría la impresión que, según mi entendimiento, salvo en algunos casos muy particulares, en los supuestos de robo y hurtos que son gran parte de los delitos que se cometen en Argentina, la pena, el encierro carcelario, no genera una conciencia sobre si el hecho cometido constituye algo malo. Tal vez, acerca de esa cuestión, dentro del mal que constituye el encierro, tienen un sentido, y solo un sentido, cuyos efectos son aún desconocidos –desconociéndose estudios reales, profundos y confiables al respecto- las reflexiones a que lleven los talleres psicológicos o en grupos acerca de las condiciones que condujeron a la ocurrencia de tales sucesos de robo, más bien como un entendimiento de lo sucedido que como un remordimiento o como

una internalización de pautas de conducta. Una cosa es cierta: parece acertar Nietzsche en cuanto al efecto de una agudización de la inteligencia del infractor y de sus cálculos sobre sus posibilidades para no ser sometido nuevamente al padecimiento que constituye la pena, no obstante la reiterancia que suele verse.

V. Su hipótesis del origen de la mala conciencia

Si bien ya muchas cosas nos ha contado Nietzsche, en lo que va de este trabajo, tal autor parece siempre tener una vuelta más de tuerca en sus desarrollos, como una superación del propio pensamiento, que lo lleva hacia niveles de análisis insospechados. Considera que la mala conciencia es la profunda dolencia a que tenía que sucumbir el hombre bajo la presión de aquella modificación, la más radical de todas las experimentadas por el hombre, ocurrida cuando el humano se encontró definitivamente encerrado en el sortilegio de la sociedad y de la paz. Y para hacer entender esta frase pone un ejemplo: lo mismo tuvo que ocurrirles a los animales marinos cuando se vieron forzados, o bien a convertirse en animales terrestres, o bien a perecer, eso mismo les ocurrió (dice) a estos semianimales (el hombre primitivo) felizmente adaptados a la selva, a la guerra, al vagabundaje, a la aventura. Explica que en tal momento de adaptación a esas circunstancias digamos primitivas, de un golpe todos sus instintos quedaron desvalorizados y en suspenso. Entonces prosigue diciendo, a partir de ese entonces debían caminar sobre los pies, llevarse a cuevas a sí mismos, cuando hasta ese momento habían sido llevados por el agua: de pronto una espantosa pesadez gravitó sobre ellos⁹. Y de esa manera quedaron reducidos estos humanos a pensar, a razonar, a calcular, a combinar causas y efectos, y especialmente a su conciencia que según Nietzsche es el órgano más miserable y más expuesto a equivocarse.

Un paréntesis hago aquí: en cualquier otro autor lo dicho no sería más que una expresión de nostalgia, un romanticismo ingenuo sobre el hombre primitivo, la libertad sin otras reglas que la naturaleza. Con respecto a otro autor, podría llegarse a esbozar una sonrisa hasta burlona por tales pensamientos. Pero no sucede eso con Nietzsche. Él lleva el desarrollo de su postura sobre la valía del instinto a puntos aterrantes que, incluso para algunos (a mi juicio absolutamente equivocados), resultan fascinantes, o tal vez quepa hablar de hipnotizantes. Si algo no había en Nietzsche era ingenuidad. Sus expresiones sobre el enaltecimiento del instinto, liberado en la realización del placer y de la crueldad, han tenido influencia o al menos atención por todos los pensadores que le sucedieron. Incluso en la literatura de fantasía sus perspectivas han tenido cabida (quizás en Tolkien). No pretendo ingresar a considerar si sus ideas han tenido cabida en la plasmación de algún modelo real. No es mi cometido.

Retomando, lógicamente, concluye Nietzsche en que los instintos, todos, que no se desahogan hacia fuera se vuelven hacia dentro. En otras palabras: la organización estatal, en particular la pena, obraron en contra del hombre salvaje, libre, vagabundo, dieron vuelta al hombre y lo volvieron contra el hombre mismo (según su visión). En lo que respecta a este tópico, acierta en cierta medida. Por supuesto que la sociedad organizada, sea vista desde la perspectiva que se quiera (por ejemplo, el modelo del contrato social de Rousseau, o de la proyección de éste en la complejidad del modelo de Habermas en Facticidad y Validez), obtura la realización de ciertas conductas instintivas primitivas, pero también es cierto que se gana en otros aspectos relativos a cierta seguridad, cierta paz, y en

⁹ Nietzsche Friedrich, La genealogía de la moral, obra citada, p. 95/96.

el resguardo de determinadas áreas de privacidad para la concreción de actos también instintivos. Pero, como fuera, no conforme el Nietzsche con lo dicho (lo cual es más que explícito), añade que la enemistad, la crueldad, el placer en la persecución, la agresión, la destrucción (que para él parecen ser aspectos loables en el hombre), propios del instinto del hombre, se volvieron contra el poseedor de los mismos: ése es según Nietzsche el origen de la mala conciencia. Obviamente la fuerza de tales análisis son incuestionables, aunque incompletas en lo que hace a las consecuencias negativas para la vida del ser humano en paz.

Ahora, iremos escuchando Nietzsche por el otro lado de la moneda en su análisis profundo: explica que el hombre que falta de enemigos y resistencias exteriores, encajonado en una opresora estrechez y regularidad de las costumbres, se desgarraba, se perseguía, se mordía, se roía, se sobresaltaba, se maltrataba a sí mismo, este animal al que se quiere domesticar y que se golpea furioso contra los barrotes de su jaula fue el inventor de la mala conciencia. Creo, considero, que esta noción que expresa este filósofo y poeta, tiene nuevamente gran fuerza en su exposición, y es cierta en cierta medida, incluso en la actualidad, pero no roza siquiera en los aspectos que tales pérdidas permiten ganar.

Redondea su explicación diciendo que esta (mala) conciencia, que en definitiva no es otra cosa que introducir límites al accionar del hombre primitivo o en estado salvaje y natural, límites que se encarnan en su conciencia, para distinguir qué es lo que la sociedad, o el estado, consideraban bueno y qué malo, límites que conforman un modo de comportarse en sociedad, una regularidad en el actuar de las personas para propender, o intentar vivir en paz, necesitó de espectadores: y allí, según Nietzsche, emergieron dioses, llámese Zeus o Azar. En pocas palabras Nietzsche invierte los valores. Para él hay mala conciencia, se genera mala conciencia, cuando las reglas del derecho, de la ley, que por supuesto son artificiales, constriñen el instinto (yo digo que parte del instinto), la libertad, el placer de causar crueldad, de matar, de hacer la guerra. De ello, hay que entender, al menos el suscrito así lo interpreta, que Nietzsche sin dudas hubiese preferido un desarrollo, un devenir del hombre y de la humanidad sin tales límites. Él pensaba que ese hombre libre en el sentido amplio que él adora daría lugar a algo cien veces mejor que la sociedad en la que vivimos, o que el hombre en que hemos devenido, aspecto este que desde aquí no puede, ni debe ni conviene compartirse de ninguna manera. No obstante su planteo, aunque considerado aquí equivocado, es por sí valioso porque obliga a rever lo hecho, lo que se hace, y lo que se hará. Y no puede escaparse a los ojos del lector experimentado, lo seductor, y fascinante como puerta de escape, que puede resultar para algunos desprevenidos, la intensidad de sus planteos ante la no pocas veces sombría cotidianidad de la vida. Pero como dije antes, el mundo tal como ha sido previsto y organizado aún con sus reglas (y no obstante el inmenso camino por recorrer y mejorar), deja espacios para cierto grado de libertad, para cierto grado de realización de los instintos, y, por otro lado, procura justamente un marco de seguridad y paz social para la realización del ser humano de un modo que se entiende preferible al de la pura voluntad de poder, al de la liberación descarriada de los instintos, y de la creencia en la evolución hacia un abstracto e incalculable concepto de superhombre.

VI. La postura de Nietzsche sobre un final completamente imprevisible acerca de la pena y sus efectos: una posición con vigencia

Ya en el acápite anterior he hablado de los espectadores que necesitaba la creación de la (mala) conciencia (según entendía Nietzsche que era necesario), al

imponérsele límites rectores al hombre en estado salvaje. Pero aquí Nietzsche introduce algo que interesa: dice que el final de este espectáculo es imprevisible. Realmente aquí, el autor en examen arriba a una conclusión que otra vez impacta por su intensidad y genera desconcierto y obliga repensar las cosas: pronostica una imprevisibilidad sobre la pena, sobre el devenir de la pena. Siembra, para mí, claramente la semilla de la duda, de la sombra, y de su creencia en que el sistema estatal, regulador y con anclaje final en la pena puede sucumbir. Ello porque como se ha visto, si bien Nietzsche desvela infinidad de funciones de la pena, no obstante sostener que lo que queda hoy día es una síntesis prácticamente indisoluble (pareciera anticipar la prevención integradora de Roxin, sin justificarla obviamente), en lo que hace a la resocialización basada en la pena como castigo, la descarta del modo más absoluto. Es decir, declara la inutilidad de la pena como resocialización. Podría yo sostener que su pensamiento -sus dichos en sus escritos- se refiere o circunscribe, se ciñe, a lo que hoy llamamos la prevención especial negativa, es decir, el aprender por las malas, el aprender en base al castigo, y podría yo sostener que su pensamiento se reducía a ello y se le escapaba que en el marco del castigo o del encierro cabía la posibilidad de la resocialización también por las buenas, esto es, como enseñanza, estudios, reflexión, afecto, religión, empatía, etc. Y quizás pueda haber sido así en razón del momento en que escribió su texto. Pero hay dos cuestiones que me hacen dudar de este cuestionamiento (o atribución de ingenuidad) que podría formularse a Nietzsche. Uno es que a lo largo de su análisis de la pena que el observaba aplicada en su época, y el análisis que realizó sobre la genealogía de la pena desde tiempos remotos, demostró una sagacidad casi inigualable. En ese sentido ha sido un destructor mitos (o si se quiere, a fin de respetar las distintas posiciones al respecto, un pretenso destructor de mitos). Ello me lleva a pesar que difícilmente se le escapara a este raro, sagaz y honesto pensador este aspecto tan elemental: el que nosotros conocemos como prevención especial positiva, el aprender por las buenas aún en el marco del encierro. Y el segundo aspecto que me lleva a dudar sobre un yerro en su cuestionamiento sobre la resocialización como efectivo fin de la pena (él como dije consideraba que la pena no servía como resocialización), es que justamente la pena, me refiero aquí a la pena como encierro carcelario, no ha dado muestras acabadas de operar como un resocializador aunque en tal encierro se le brinde al condenado posibilidades de estudiar, de comprender, de reflexionar, etc. De allí que esta postura abierta de Nietzsche, cuando sostiene que es imprevisible en qué derivará la pena, creo, sigue vigente, al menos como enigma, como planteo. Basta examinar sino el último tratado del penalista y criminólogo más influyente argentino, Zaffaroni, en lo que refiere a la utilidad o inutilidad de la pena, lo cual ha conformado la conocida teoría negativa o agnóstica de la pena por él formulada¹⁰.

VII. Cuando Nietzsche propone un mundo: el enaltecimiento del instinto, el caos, la fuerza, el poder, la guerra

Hay muchos que sostienen que Nietzsche es un autor incomprendido. Otros lo califican, lo encasilla, de tal o cual manera. De nihilista por ejemplo. Voy a expresar mi opinión sobre este autor, opinión que ya he anticipado al inicio del trabajo. Por muchas obras que haya escrito, por muchas aparentes dispersiones de su pensar, al fin y al cabo encuentro en Nietzsche dos lados.

¹⁰ Sobre tal posición de Zaffaroni, aún correspondiente a otro momento del conocer del suscrito, vale aún mentar mi comentario: Elhart, Raúl Fernando, Crítica constructiva a la teoría negativa y agnóstica de la pena de Eugenio Raúl Zaffaroni y proyección funcionalista de derecho penal mínimo (Revista Interdisciplinaria de Buenos Aires, año 1, Nro. 1, marzo de 2007, Verzetti ediciones).

Uno, el de quien analiza la realidad que le viene dada, la realidad social en particular: en ese t3pico, Nietzsche es c3austico, un cr3itico negativo de la realidad. En sus cr3iticas hay sagaces apreciaciones, con algunas cabr3a coincidir y con otras no. Sobre la pena, he sintetizado lo que es sin lugar a dudas una posici3n cr3itica negativa que formul3 Nietzsche en toda su obra.

Luego, en segundo lugar, emerge en Nietzsche un pensar y un sentir desde el cual observa el mundo, el hombre y la sociedad; y entonces 3l formula no la cr3itica negativa sobre la realidad. Sino que expresa c3mo deber3an ser las cosas, es decir, c3mo deber3a proseguir, o haber proseguido el devenir del hombre y de la sociedad. Es aqu3 donde sin hesitaciones no puedo coincidir con Nietzsche. Su visi3n hace base en lo que 3l considera el gran error de la humanidad, que -seg3n 3l- habr3a sido obligar, constre3nir al hombre salvaje o semisalvaje (semianimal dice 3l) a replegar sus instintos, las libertades que se desataban a partir de esos instintos inmediatos y primigenios, instintos que al salir hacia el exterior de modo directo, sin refreno (ni mala conciencia juzgadora) lo tornaban en un ser mejor, un ente aut3ntico, real, y especialmente, en pleno desarrollo. Aqu3 pareciera adscribir a un teor3a evolucionista del hombre, confiando 3l en que el hombre evolucionar3a hacia un ser superior, tal vez un superhombre, con anclaje como dije en las liberaciones, realizaciones, de su instinto. Ello incluye por supuesto la crueldad, la enemistad, la lucha, la guerra, el caos, la conquista, la exterminaci3n, la destrucci3n. Esta postulaci3n positiva de Nietzsche, es decir, lo que 3l estim3 que era lo mejor para el hombre, que de modo sint3tico he expuesto, no puede compartirse. No puede compartirse de manera concreta e indubitable, porque creo que justamente la artificialidad de la construcci3n de l3mites sobre los instintos, la ley, en medida muy pensada y evolucionada a lo largo de los siglos, con las reservas de espacios de libertad, para la satisfacci3n personal, es lo que dota de equilibrio al hombre, a la sociedad, lo que procura una convivencia pac3fica, la cual se halla, y posiblemente se encontrar3 siempre, en proceso de realizaci3n.

VIII. Conclusiones

(a) Nietzsche sostiene que las seis o siete normas b3sicas en que cree el hombre, la sociedad, se aprendieron a base de castigos sangrientos. En otras palabras, piensa, despectivamente, puesto que estas creencias las considera como negativas para el hombre, que por ejemplo la creencia en que robar o matar sea un comportamiento malo y deba existir arrepentimiento, se ha conseguido en base a castigos impuestos a quienes mataban y robaban, y que estos castigos a lo largo de los tiempos fueron fijando en la memoria de los humanos, tales creencias, como un acostumbraamiento, generando en la conciencia esa convicci3n. Una convicci3n, o mala conciencia seg3n su terminolog3a, que atent3 y atenta contra el instinto del hombre salvaje o semisalvaje (semianimal en palabras de Nietzsche).

(b) La pena, sostiene, no tuvo en su genealog3a primigenia una finalidad tal como la que tuvo en la 3poca en que vivi3 Nietzsche, ni tal como ahora se la aprecia en t3rminos generales. La pena en sus or3genes primigenios era una especie de compensaci3n que se le brindaba al acreedor ante el deudor que incumpl3a: se permit3a al acreedor el placer de satisfacerse cortando trozos del cuerpo del deudor, a modo de placer o satisfacci3n que se le daba al superior sobre el inferior (esa es la visi3n de Nietzsche sobre la genealog3a de la pena). Pero aclara: que lo que conocemos como finalidades de la pena, de intimidaci3n, de resocializaci3n, etc., emergen como un a3adido mucho tiempo despu3s de aquella 3poca primera. Y estas finalidades fueron las que crearon la conciencia (mala) de lo que deb3a ser bueno y lo que deb3a ser malo, reci3n en esta etapa surge la pena como una demostraci3n de lo que era correcto o incorrecto, moral o inmoral. Concluye entendiendo que ya la evoluci3n de las finalidades de la pena resultaron en una

síntesis indisoluble (concepto que tiene lazos con la pena integradora de Roxin). No obstante, Nietzsche desprecia la pena, porque es opositora a los instintos, porque es la expresión de la sociedad, del estado, que reprime el instinto del hombre, instinto que para él es, así como la fuerza, la lucha, algo esencial del hombre, que al no verse realizado, se torna en contra del hombre mismo. Pero es de destacar que Nietzsche no solo es un detractor de la pena, sino un detractor de las reglas en sí mismas del mundo que conocemos en cuanto se opongan a la expresión del instinto del hombre primigenio.

(c) No obstante, Nietzsche entiende que el efecto auténtico de la pena ha sido convertir al hombre, no en alguien mejor, sino en un ser con miedo, en una exacerbación de la cautela. Dice que la pena enseñó al hombre a ser precavido, agudizando sus sentidos para evitar ser castigado otra vez. Y a su vez dice que el auténtico efecto de la pena, siguiendo a quien reconoce como un maestro, Dostoievski, seguramente en su obra *La Casa de los muertos*, consiste en secar al hombre, hacerlo frío, y a veces incluso tonto.

(d) Nietzsche no es un defensor de la pena. Por el contrario, es un gran y completo detractor como he indicado. Si bien analiza todos los fines y efectos auténticos de la pena, según su visión de lo que sería bueno para el hombre, esto es, que se enaltecieran sus instintos, su fuerza, que se libere su capacidad de lucha, de enemistad, de generar crueldad y placer, de hacer la guerra, entiende que la pena ha sido uno de los elementos que mayor mal ha causado en la evolución del hombre, convirtiéndolo en un ser regular, mediocre, precavido, ya que, como he señalado, en su visión la pena reprimió el instinto del ser humano, haciendo que lo que no va hacia afuera, se vuelva contra la esencia del hombre. Nietzsche tampoco cree, por ende, en la resocialización, exponiendo que, por el contrario, el hombre bajo pena nada aprende que sea bueno y honroso (según lo que para él es bueno y honroso).

(e) Es desafiante Nietzsche en cuanto a lo imprevisible del final de la pena en la historia del hombre. Estima que no es posible calcular cómo acabará la historia de la aplicación de la pena, ya que según su visión la pena es algo nocivo.

(f) Hay un punto sobre el cual, algunos analistas, han interpretado a Nietzsche creo erróneamente. Nietzsche no era un relativista. Él no fue un pensador para el cual no hubiera un mal o un bien. Para él claramente, incuestionablemente, el bien estaba en liberar el instinto del hombre, dejarlo desarrollarse tal como lo venía haciendo en forma natural. Y el mal se encontró, sin dudas según su opinión, en toda reglamentación, imposición, cercenamiento, del desarrollo del instinto, de la fuerza natural del hombre, de las especies más fuertes.

(g) Puede afirmarse que prácticamente todas las críticas negativas sobre la sociedad que acertada o desacertadamente Nietzsche formula (por las cuales ha sido considerado un pensador sagaz) tienen origen en una postura que quien aquí suscribe no puede compartir: el hombre, entiende Nietzsche, nunca debió ser obligado, constreñido, a limitar su instinto, su capacidad de lucha, de hacer la guerra o de causar crueldad. Ni tampoco debió ser constreñido, cabe concluir que él pensó, en su instinto de búsqueda y realización del placer. Nietzsche creyó, en su pensamiento -según entiende quien escribe este trabajo- que el mejor futuro del hombre, de la sociedad del hombre, no era regular su comportamiento artificialmente por la ley reduciendo el desarrollo de sus instintos, sino permitir que siguiese desarrollándose en base al instinto, a la evolución natural, incluso de los más fuertes, hasta convertirse en un ser superior, quizás un superhombre, sin preocuparle en absoluto las consecuencias de la guerra, el caos, las muertes o matanzas que pudiera ello acarrear. Por el contrario, estos aspectos le parecen inherentes al desarrollo enaltecido (según su visión) del hombre, de la voluntad

de poder, de la fuerza, del instinto, y de la superioridad de unos sobre otros. Y, estas posiciones del conocido filósofo -sobre cómo el hombre debió o debe desarrollarse-, no son compartidas por quien expone el presente trabajo.