

EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL*

Por: Eugenio Raúl Zaffaroni

Presentación

Este ensayo aborda la dialéctica entre el estado de derecho y el de policía, traducida en el campo penal en la más amplia o restringida admisión del trato punitivo a seres humanos privados de la condición de personas. Este trato diferenciado provoca una contradicción entre la doctrina penal (y alguna filosofía política de ilustre prosapia), por una parte, y la teoría política del estado constitucional de derecho por la otra, debido a que la última no lo admite ni siquiera en una situación bélica clara, pues implicaría abandonar el principio del estado de derecho y pasar al de policía, que se deslizaría muy rápido hacia el estado absoluto.

La actual situación del planeta devela sin piedad esta contradicción, provocando un grave desconcierto en la doctrina, pues de un golpe desnuda el fenómeno de todos los ropajes con que se lo ocultó hasta el presente y pone de manifiesto como nunca antes que la secular tradición legitimante del ejercicio estructuralmente discriminatorio del poder punitivo operó como fisura absolutista en el estado constitucional de derecho, introduciendo en su marco un elemento disolvente que, en algún trágico momento del pasado se daría en llamar entre nosotros doctrina de la seguridad nacional, de triste memoria.

Es menester advertir que en el siguiente desarrollo en ocasiones se sintetizan o amplían -y también se redunda- en conceptos y textos publicados en trabajos parciales, a medida que se avanzaba en la investigación. Del mismo modo, nuestro desarrollo se asienta sobre una concepción conflictivista de la sociedad y en la dialéctica del estado de derecho y el de policía dentro de todo estado de derecho real o histórico, en los términos que propusimos en 1989 y desarrollamos posteriormente con Alejandro Slokar, Alejandro Alagia y Nilo Batista.

Nuestro agradecimiento más sincero a los colegas Alejandro Slokar, Alejandro Alagia, Renato Vannelli, Gustavo Ferreyra, Graciela Otano, Guido Risso, Martín Magram, Jacobo Grossman, Mariana Caraballo, Gabriela Gusi, Pablo Vega y Alfredo Fernández. Todos ellos tuvieron la paciencia de leer el manuscrito y formularnos observaciones.

Dedicamos este modesto ensayo a la querida memoria de un Maestro con el que hubiese sido imprescindible discutirlo, dado que osamos irrumpir en su campo con la proverbial torpeza del penalista y, por momentos, tenemos la sensación de movernos como un elefante marino en la arena. Si hubiésemos tenido esa fortuna, seguramente estas páginas serían mucho más claras y menos imperfectas.

I. Introducción o prolegómenos indispensables:

1. Hipótesis general o básica.-

La hipótesis que tratamos de demostrar en estas páginas se sintetiza de la siguiente forma: (a) El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece -universal y regionalmente- el derecho

*Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Abril de 2006.

internacional de los Derechos Humanos.

(b) Lo anterior no es únicamente una verificación de datos de hecho revelados por la historia y la sociología, sino también de datos de derecho, puesto que tanto las leyes como la doctrina jurídica legitiman este tratamiento diferenciado. También los saberes pretendidamente empíricos sobre la conducta humana (convergentes en la criminología tradicional o etiológica) pretendieron darle justificación científica.

(c) En la teoría política el tratamiento diferenciado de seres humanos privados del carácter de personas (enemigos de la sociedad) es propio del estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por ende, resulta incompatible con la teoría política del estado de derecho. Con esto se introduce una contradicción permanente entre la doctrina jurídico penal que admite y legitima el concepto de enemigo y los principios constitucionales e internacionales del estado de derecho, o sea, con la teoría política de este último.

(d) Dado que en la realidad el poder punitivo opera tratando a algunos seres humanos como si no fuesen personas y que la legislación lo autoriza, la doctrina consecuente con el principio del estado de derecho debe tratar de limitar y reducir o, al menos, acotar el fenómeno, para que no desaparezca el estado de derecho.

Conforme a esta estrategia se ofrecen dos tácticas de acotamiento: (a) una estática, que propone aceptar lo consumado y legitimarlo sólo para ciertos hechos, que a nuestro juicio carece de capacidad para obtener el objetivo estratégico propuesto, y otra (b) dinámica, que es la que consideramos adecuada para alcanzar ese objetivo.

La hipótesis de base que tratamos de probar parte de la naturaleza política de la cuestión planteada y aspira a verificar que en el plano de la teoría política resulta intolerable la categoría jurídica de enemigo o extraño en el derecho ordinario (penal o de cualquier otra rama) de un estado constitucional de derecho, que sólo puede admitirlo en las previsiones de su derecho de guerra y con las limitaciones que a éste le impone el derecho internacional de los derechos humanos en su rama de derecho humanitario (legislación de Ginebra), habida cuenta que ni siquiera éste priva al enemigo bélico de la condición de persona.

Nuestra tesis es que el enemigo de la sociedad o extraño, es decir, el ser humano considerado como ente peligroso o dañino y no como persona con autonomía ética, desde la teoría política, sólo es compatible con un modelo de estado absoluto total y, por ende, que las concesiones del penalismo han sido, en definitiva, rémoras absolutistas que la doctrina penal ha puesto como piedras en el sendero de la realización de los estados constitucionales de derecho.

Las racionalizaciones de la doctrina penal para ocultar la admisión de la categoría de enemigo en el derecho penal, leídas desde la teoría política, son concesiones del estado liberal al estado absoluto, que debilitan el modelo orientador del estado de derecho, que es la brújula indispensable para marcar la dirección del esfuerzo del poder jurídico en su tarea de permanente superación de los defectos de los estados de derecho reales o históricos. Si entregamos los instrumentos de navegación del poder jurídico de contención de las pulsiones autoritarias -normales en todo estado de derecho real-, el poder jurídico queda privado de cualquier posibilidad de eficacia no sólo táctica sino incluso estratégica.

Justo es señalar que han contribuido a mantener estas rémoras algunos teóricos de la política, de primerísima línea por cierto -nada menos que Hobbes y Kant-, que se han esforzado por compatibilizarlas con limitaciones liberales, con lo que contribuyeron en buena medida a desorientar también al penalismo, por lo cual el error no es sólo de éste, aunque en su campo sea

donde ha tenido las peores consecuencias prácticas.

2. Las últimas tendencias mundiales del poder punitivo que son insoslayables para la doctrina.-

En las últimas décadas se ha producido una transformación regresiva bastante notoria en el campo de la llamada política criminal o, más precisamente, política penal, pues del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo, con lo cual el tema del enemigo de la sociedad pasó a primer plano de discusión. Quizá hasta cierto punto los teóricos cayeron en la negación del fenómeno de represivización de las legislaciones penales sancionadas con motivo o pretexto de emergencias, hasta que la realidad legislativa alcanzó un punto que impedía todo mecanismo de huida, pero lo cierto es que la invocación de emergencias justificantes de estados de excepción, no son para nada recientes, pues si nos limitamos a la etapa posterior a la segunda guerra mundial, hace más de tres décadas que se vienen sancionando en Europa estas leyes, que se ordinarizan –convirtiéndose en la excepción perpetua- y que fueron superadas largamente por la legislación de seguridad latinoamericana. Se ha señalado que las características de este avance contra el tradicional derecho penal liberal o de garantías consistirían en la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor .

En la doctrina jurídico penal puede señalarse el debilitamiento del derecho penal de garantías a través de la imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad; la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado; la construcción del dolo sobre la base de simple conocimiento (teoría del conocimiento), que le permite abarcar campos antes considerados propios de la negligencia; la pérdida de contenido material del bien jurídico, con los consiguientes procesos de clonación que permiten una nebulosa multiplicación de ellos; la cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos de peligro sin peligro (peligro abstracto o presunto); la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos y la delegación de función legislativa penal con el pretexto de las llamadas leyes penales en blanco; etc.

3. El contexto mundial actual hace ineludible la reacción política.-

No es posible desconocer que la actual situación del mundo constituye un factor determinante del escándalo que parece alcanzar la discusión en el campo penal y político criminal. En efecto: hasta ahora –y puede afirmarse que durante el último siglo y medio- se minimizaba con poco esfuerzo la desconexión de la doctrina penal con la teoría política, pero esta situación cambió no sólo porque se expresa en palabras tan claras que hacen inevitable el contraste entre ambos ámbitos del conocimiento, sino también –y sobre todo- porque las circunstancias del mundo han variado de modo notorio, en razón de una pluralidad de signos alarmantes: el poder se planetarizó y amenaza con una dictadura global; el potencial tecnológico de control informático puede acabar con toda intimidad; el uso de ese potencial controlador no está limitado ni existe forma de limitarlo a investigar sólo hechos determinados; las condiciones del planeta se deterioran rápidamente y la vida misma se halla amenazada. Se opera un enorme proceso de concentración de capital que procura mayor renta sin detenerse ante ningún obstáculo no ya ético, sino incluso físico; los estados nacionales son débiles e incapaces de proveer reformas estructurales; los organismos internacionales se raquitizan y desacreditan; la comunicación masiva, de formidable poder técnico, está lanzada a una propaganda völkisch y vindicativa sin precedentes; la capacidad técnica de destrucción puede arrasar la vida; se desatan guerras unilateralmente con fines claramente económicos; y, para colmo, el poder planetario fabrica enemigos y emergencias –con los

consiguientes estados de excepción- en serie y a alta velocidad.

Este contexto no puede menos que influir sobre cualquier teórico del derecho y, por mucho que se oculte bajo los más relucientes atavíos jurídicos, la reacción que suscita la presencia descarnada del enemigo de la sociedad en el derecho penal es de carácter político, porque la cuestión que plantea es –y siempre fue- de esa naturaleza.

Prueba de ello es que cada vez que se discute si se puede tratar a algunos seres humanos por su peligro o dañosidad y se busca una racionalización más elaborada, no puede obviarse la invocación a Hobbes y, por ende, a la cuestión de la soberanía, materia que de modo incuestionable pertenece a la teoría política y, precisamente, el nuevo panorama globalizador se caracteriza por un profundo cambio político.

Los crímenes de destrucción masiva e indiscriminada del 11-S y del 11-M son expresiones de brutal violencia que en opinión de los internacionalistas configuran crímenes de lesa humanidad, pero que, a su vez, son respuestas a otra violencia y así podríamos seguir regresando hasta Adán y Eva o hasta el primer golpe que un homínido haya propinado a otro, sin llegar a ninguna solución con vistas a una convivencia racional en el futuro.

No es necesario adoptar ninguna posición radical o de pacifismo dogmático ni sostener a priori que a toda violencia debe responderse con la no violencia, para verificar que nunca un conflicto fue solucionado definitivamente por la violencia, salvo que se confunda la solución definitiva con la final (genocidio).

La historia enseña que los conflictos que no terminaron en genocidio se solucionaron por la negociación, que pertenece al campo de la política. Pero la globalización, al debilitar el poder de decisión de los estados nacionales, empobreció la política hasta reducirla a su mínima expresión. Las decisiones estructurales actuales asumen en la práctica la forma premoderna definida por Carl Schmitt, o sea, se limitan al mero ejercicio del poder de señalar al enemigo para destruirlo o reducirlo a la impotencia total. Cualquier persona que lea un periódico mientras desayuna –si no se limita a las noticias deportivas- se va enterando de los pasos que sigue el poder mundial hacia los genocidios, o sea, hacia el aniquilamiento total de quienes considera como sus enemigos.

Como resultado de esta sensación de minimización de la política y de la negociación, se van delineando dos frentes en el mundo del pensamiento que, naturalmente, impactan en lo político: el de los Derechos Humanos y la negociación por un lado y, por otro, el de la solución violenta que arrasa con los Derechos Humanos y, más tarde o más temprano, acaba en el genocidio. La conciencia de esta disyuntiva es mayor donde las experiencias de terrorismo de estado permanecen en la memoria colectiva, como en Europa y América Latina, pero no así en los Estados Unidos, donde existieron otros abusos represivos, pero su población no padeció en su territorio la guerra ni el terrorismo de estado.

4. El enemigo no merece el trato de persona.-

La esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que el derecho le niega su condición de persona. Sólo es considerado bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y esta es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del hostis en el derecho con el principio del estado de derecho.

En la medida en que se trate a un ser humano como algo meramente peligroso y, por tanto,

necesitado de pura contención, se le quita o niega su carácter de persona, aunque se le reconozcan ciertos derechos (por ejemplo, testar, contraer matrimonio, reconocer hijos, etc.). No es la cantidad de derechos de que se priva a alguien lo que le cancela su condición de persona, sino la razón misma en que se basa esa privación de derechos, es decir, cuando se lo priva de algún derecho sólo porque se lo considera puramente como ente peligroso.

En rigor, casi todo el derecho penal del siglo XX, en la medida en que teorizó admitiendo que algunos seres humanos son peligrosos y sólo por eso deben ser segregados o eliminados, los cosificó sin decirlo, y con ello los dejó de considerar personas, lo que ocultó con racionalizaciones, cuando lo cierto es que desde 1948 ese derecho penal que admite las llamadas medidas de seguridad, o sea, las penas o algunas penas como mera contención de un ente peligroso, es violatorio del artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La privación de libertad –o la deportación- de una persona en razón de un cuarto o quinto delito de gravedad leve o media contra la propiedad, cuando ha sido condenada y ha cumplido pena por los anteriores, es una reacción totalmente desproporcionada a la entidad de su injusto y de su culpabilidad y, por lo tanto, el sufrimiento que se le impone es una pena entendida como mera contención, un encerramiento que crea un puro impedimento físico; se trata de una suerte de enjaulamiento de un ente peligroso. Es claro que ese no es ni puede ser el tratamiento que se depara a alguien a quien se le reconoce su autonomía moral en razón de que haciendo uso de ésta cometió una infracción que lesionó derechos ajenos, sino el que se destina a un animal o a una cosa peligrosa.

Es inevitable que, en cuanto el estado procede de esa manera, porque detrás de la máscara cree encontrar a su enemigo, le arrebatara la máscara y con ello, automáticamente lo elimina de su teatro (o de su carnaval, según los casos). Por supuesto que lo puede privar de su ciudadanía, pero ello no implica que esté autorizado a privarlo de la condición de persona, o sea, de su calidad de portador de todos los derechos que asisten a un ser humano por el mero hecho de serlo. El trato como cosa peligrosa, por mucho que se lo encubra, incurre en esa privación. No es posible pretender que este trato diferencial puede serle aplicado a un ser humano sin lesionar su carácter de persona, cuando esa condición es absolutamente incompatible con las puras contenciones que sólo son admisibles cuando son pasajeras y frente a conductas lesivas en curso o inminentes, que sea necesario detener, esto es, en el momento de la agresión o inmediatamente antes, a título de coerción directa.

Aclarado que el trato de pura contención o impedimento físico no es el que se depara a alguien en quien se reconoce la condición de persona, intuitivamente –por ahora- pareciera que en el estado constitucional de derecho no es posible admitir que un ser humano sea tratado como no persona fuera de las hipótesis de inevitable y muy transitoria coerción directa administrativa. Sin perjuicio de volver al tema para demostrar que esa incompatibilidad no es sólo intuitiva, tampoco puede pasarse por alto que el trato a un ser humano como cosa peligrosa que amenaza la seguridad o certeza acerca del futuro, no se limita a despersonalizar sólo al así tratado, sino que, reparando más detenidamente en esta cuestión, es conveniente advertir que la priorización del valor seguridad como certeza acerca de la conducta futura de alguien, y más aun su absolutización, acabarían en la despersonalización de toda la sociedad.

En efecto: no era lo mismo caminar por un bosque hace doscientos años, donde la seguridad de los otros se conformaba con saber que no mataríamos ni asaltaríamos a quien se cruzase en nuestro camino, que andar hoy por el mundo, donde se exige precisión de movimiento de gato doméstico en medio de cristales para proporcionar seguridad a los demás y, sobre todo, al propio estado. Debemos poner el máximo de atención para no olvidarnos de consignar algún ingreso, para no lesionar al fisco ni comprar un cheque en dólares sin declararlo para no favorecer el tráfico de

cocaína, menos aún para no tener plantas eventualmente alucinógenas en el jardín o comprar libros por la calle que pueden vender terroristas.

Necesitamos gobernos con mayor cuidado y precisión, porque el estado nos hace cada día más garantes de lo que nunca nos imaginamos ni se nos ocurriría garantizar. Pero al igual que en intervenciones quirúrgicas complejas o en el armado de ingenios industriales, la mayor precisión la alcanzan los robots, dado que no se distraen ni se olvidan. Una sociedad que aspire a la seguridad respecto de la conducta posterior de cada uno de nosotros como valor prioritario, proyectada al futuro y hasta sus últimas consecuencias, aspiraría a convertirse en una sociedad robotizada y, por ende, despersonalizada. Por supuesto, esta distopía por fortuna es y será falsa, porque la seguridad respecto de nuestra conducta futura –como se sabe- no es otra cosa que un pretexto más para legitimar el control social punitivo.

5. ¿Cuál es la esencia del enemigo?.-

La negación jurídica de la condición de persona al enemigo es una característica del trato penal diferenciado de éste, pero no es su esencia, o sea, que es una consecuencia de la individualización de un ser humano como enemigo, pero nada nos dice acerca de la individualización misma. Cuando se indaga acerca de esta esencia, resulta innegable que, conforme a la doctrina que más ha profundizado en el tema y lo ha tratado más descarnadamente –o sea, sin disimular la cuestión ni eludir el problema-, el concepto tiene origen en el derecho romano y el autor que con mayor coherencia trabajó el tema en la teoría política fue Carl Schmitt quien, por otra parte, no hizo más que rescatar y precisar el tradicional concepto proveniente del derecho romano. Para este teórico del estado absoluto el enemigo no es cualquier sujeto infractor, sino el otro, el extranjero y basta a su esencia que sea existencialmente, en un sentido particularmente intensivo, algo otro o extranjero, de modo que, en el caso extremo sean posibles con él conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero descomprometido y por eso imparcial .

Este concepto bien preciso de enemigo se remonta a la distinción romana entre el inimicus y el hostis , donde el inimicus era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político sería el hostis, respecto del cual se plantea siempre la posibilidad de la guerra, como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. El extranjero, el extraño, el enemigo, el hostis, era el que carecía de derechos en absoluto, que estaba fuera de la comunidad. La palabra hostis proviene de la raíz sánscrita ghas-, que alude a comer, lo que explica su origen común con hostería. Hostire también significa matar y hostia tiene el sentido de víctima. La pena máxima en muchas sociedades era la expulsión de la comunidad, el exilio, la pérdida de la paz (die Friedlosigkeit), justamente por dejar al sujeto en la situación de extranjero, extraño, enemigo, privado de todo derecho.

Del propio derecho romano surgieron los ejes troncales que habrían de servir de posteriores soportes a todas las subclasificaciones del hostis tomadas en cuenta para el ejercicio diferencial del poder punitivo y racionalizadas por la doctrina penal. Estas categorías se remontan a las dos originarias del derecho romano: (a) la del hostis alienigena –al que en escasa pero alguna medida protegía el jus gentium- y (b) la del hostis judicatus, o sea, el declarado hostis en función de la auctoritas del senado, que era un poder excepcional: en situaciones excepcionales, en las cuales un ciudadano romano amenazaba la seguridad de la República por medio de conspiraciones o traición, el senado podía declararlo hostis, enemigo público.

El extranjero (hostis alienigena) es el núcleo troncal que abarcará a todos los molestos al poder, por insubordinados, indisciplinados o simples extranjeros, que como extraños resultan desconocidos y, como todo lo desconocido, inspira desconfianza y por consiguiente resulta sospechoso por

potencialmente peligroso. Al extranjero no se lo comprende, porque no es posible comunicarse con él, dado que habla una lengua ininteligible: no hay comunicación posible con el hostis. Para los romanos todos los extranjeros eran barbari, palabra tomada del griego, barbaros, que indicaba al no griego de lengua incomprensible, que proviene de la raíz sánscrita baba-, cercana a balbuceo, parloteo.

En las ulteriores subclasificaciones de esta categoría general se incluye al hostis extranjero que es explotado, desde el prisionero esclavizado de la antigüedad hasta el inmigrante actual. Si bien las condiciones jurídicas han variado sustancialmente, siempre se trata de un extranjero vencido, al que trae la necesidad (sea bélica o económica) y, por tanto, debe ser vigilado, porque como todo prisionero, tratará, en cuanto pueda y a como diese lugar, de sustraerse a su condición subordinada. El enemigo declarado (hostis iudicatus) configura el núcleo del tronco de los disidentes o enemigos abiertos del poder de turno, del que participarán los enemigos políticos puros de todos los tiempos. Se trata de enemigos declarados, no porque declaren o manifiesten su enemistad sino porque el poder los declara tales: no se declaran a sí mismos sino que son declarados por el poder. La institución del hostis iudicatus romano cumplía la función de dejar al ciudadano en condición semejante a la del esclavo, para hacerle aplicables las penas que estaban vedadas para los ciudadanos y la sustracción a la condena judicial mediante la expatriación hacía cesar automáticamente también la condición de ciudadano.

El hostis, enemigo o extraño no ha desaparecido nunca de la realidad operativa del poder punitivo ni de la teoría jurídico penal (que pocas veces lo reconoció abiertamente y las más lo cubrió con muy diversos nombres). Se trata de un concepto que en versión original o matizada, a cara descubierta o con mil máscaras, a partir de Roma atravesó toda la historia del derecho occidental y penetró en la modernidad, no sólo en el pensamiento de juristas sino también en el de algunos de sus más destacados filósofos y teóricos políticos, recibiendo especial y hasta regocijada bienvenida en el derecho penal.

Es un elemento conceptual contradictorio dentro del estado de derecho porque arrastra la semilla de su destrucción, aunque su incoherencia apenas se haya puesto de manifiesto en los años treinta del siglo pasado, por obra de la pluma de Schmitt, el más destacado teórico político del nazismo. Su lamentable filiación política hizo que su observación no mereciera suficiente atención en las décadas posteriores y menos aún por parte de los penalistas.

La tarea que debemos afrontar no es la simple postulación de su rechazo en el derecho penal, que no es tarea sencilla en sí misma, dado que se trata de una presencia visible o invisible pero constante, sino que precisamente para eliminar esa presencia es menester encarar otra empresa, mucho más amplia: nunca eliminaremos o reduciremos la presencia del hostis en el derecho penal, si antes no verificamos que se trata de una cuña de extraña madera metida en el mismo pensamiento moderno y que lo carcome y demuele desde su interior. El pensamiento moderno nos ofrece los elementos para proceder a esa verificación, pero cometeríamos un grave error si, dejándolos de lado, nos apoyásemos sólo en su componente contradictorio para presentarlo como posmoderno o superador de la modernidad, cuando en realidad no se trata más que de una rémora del pensamiento premoderno arrastrada contradictoriamente por la modernidad.

Contra lo anterior se argumentará que al hostis de nuestros días se lo somete a contención como individuo peligroso sólo en la estricta medida de la necesidad, o sea, que sólo se priva al enemigo de lo estrictamente necesario para neutralizar su peligro, pero se deja abierta la puerta para su retorno o incorporación, manteniendo todos sus otros derechos, o sea, que esto no sería más que una simple limitación al principio del estado de derecho impuesta por la necesidad y en su estricta medida.

Lo que esta respuesta desconoce es que para los teóricos –y sobre todo para los prácticos- de la excepción, ésta siempre invoca una necesidad que no conoce ley ni límites. La estricta medida de la necesidad es la estricta medida de algo que no tiene límites, porque los establece el mismo que ejerce el poder. Como nadie puede prever exactamente lo que hará ninguno de nosotros en el futuro –ni siquiera nosotros mismos-, la incerteza del futuro mantiene abierto el juicio de peligrosidad hasta que quien decide quién es el enemigo deja de considerarlo tal, con lo cual el grado de peligrosidad del enemigo –y, por ende, de la necesidad de contención- dependerá siempre del juicio subjetivo del individualizador, que no es otro que quien ejerce el poder.

El concepto mismo de enemigo introduce de contrabando la dinámica de la guerra en el estado de derecho, como una excepción a su regla o principio, sabiendo o no sabiendo (la intención pertenece al campo ético) que esto lleva necesariamente al estado absoluto, porque el único criterio objetivo para medir la peligrosidad y dañosidad del infractor no es otro que la peligrosidad y dañosidad (real y concreta) de sus propios actos, es decir, de sus delitos, por los que debe ser juzgado y en su caso condenado conforme a derecho. En la medida en que se abandone ese criterio objetivo se entra en el campo de la subjetividad arbitraria del individualizador del enemigo, que siempre invoca una necesidad que nunca tiene límites, una Not que no conoce Gebot.

De toda forma y en conclusión, lo que se discute en doctrina penal es la admisibilidad del concepto de enemigo en el derecho penal (o en el derecho en general) del estado de derecho, considerando tal al que es penado sólo en razón de su condición de ente peligroso o dañino para la sociedad, sin que sea relevante si la privación de los derechos más elementales a que se lo somete (sobre todo, a su libertad) se practique con cualquier otro nombre diferente del de pena y sin perjuicio, tampoco, de que se le reconozca un remanente de derechos más o menos amplio.

6. Dos palabras sobre el “derecho penal”.-

Si en realidad el derecho penal siempre ha aceptado el concepto de enemigo y éste resulta incompatible con el estado de derecho, lo que en verdad correspondería es una renovación de la doctrina penal correctora de los componentes autoritarios que la acompañaron a lo largo de casi todo su recorrido o, en otras palabras, un ajuste del derecho penal que lo compatibilice con la teoría política que corresponde al estado constitucional de derecho, depurándolo de los componentes propios del estado de policía, incompatibles con sus principios.

No obstante, para expulsar o por lo menos contener el perverso efecto del concepto de enemigo en el derecho penal, no basta con precisar el concepto de enemigo, sino que también es menester precisar previamente lo que se entiende por derecho penal.

Aunque no suele repararse en esta necesidad en la doctrina en general, es ineludible proceder a esa precisión, porque las palabras abusadas se vuelven equívocas y en el lenguaje jurídico el desgaste tiene consecuencias más graves que en otros ámbitos, justamente por la demanda de precisión semántica que impone la naturaleza de la función que debe cumplir. Por ello, no parece conveniente –y tal vez ni siquiera tolerable- avanzar sin reparar en el deterioro semántico de la propia expresión derecho penal.

En cualquier discurso, incluso técnico, pueden encontrarse frases como estas: (a) El derecho penal no puede combatir la pobreza. (b) El derecho penal no pena esa conducta. (c) El derecho penal no analizó ese tema.

Se trata de un mismo sujeto gramatical, pero con tres sentidos semánticos diferentes: la frase (a) denota el poder punitivo del estado como hecho, como dato real, sociológico, histórico o actual; la frase (b) se refiere claramente a la legislación penal y la frase (c) indica una omisión de la teoría o

doctrina.

Para afilar un poco el instrumento de la palabra, en lo sucesivo llamaremos al sujeto de la frase (a) poder punitivo, al de la frase (b) legislación penal y reservaremos la denominación derecho penal para la doctrina jurídico penal (saber o ciencia del derecho penal) de la frase (c).

En tanto que (a) el ejercicio real del poder punitivo es obra de las agencias ejecutivas del estado encargadas de la coerción y su estudio es materia de disciplinas de preferencia descriptivas, en especial de la criminología o de la sociología, la (b) legislación penal es producida por los órganos políticos competentes (legisladores) y (c) su estudio y teorización (legitimante o deslegitimante) destinado a la práctica y a la docencia, es lo que corresponde al derecho penal como ciencia, doctrina o saber jurídico (obra de los juristas).

Es muy angustiante el resultado de la confusión semántica entre estos tres sentidos de la voz derecho penal, pues impide el diálogo, dado que con demasiada frecuencia se argumenta en el plano del sentido de una de las frases mencionadas y se responde en el de cualquiera de las dos restantes, o sea que observaciones de la realidad se responden con conceptos jurídicos o con datos legales y viceversa, en cualquiera de sus ocho posibles combinaciones. Esto configura un verdadero caos semántico que en ocasiones se vuelve desesperante, pues pareciera que el lenguaje hubiese perdido gran parte de su función comunicativa.

Para el objetivo de los dos capítulos siguientes de este trabajo, que es meramente verificador, trataremos conjuntamente el ejercicio real del poder punitivo y la legislación penal en el primero y la doctrina jurídico penal en el siguiente.

Básicamente, nos interesa distinguir entre (a) el trato deparado al enemigo o extraño desde la historia y la realidad del poder punitivo tal como se lo ha habilitado legislativamente y como ha operado y opera en la sociedad, y (b) los discursos de los doctrinarios o juristas y de los criminólogos que en ocasiones le proporcionaron elementos que facilitaron la racionalización de la categoría de los enemigos o extraños en forma más o menos abierta y con consecuencias que algunas veces fueron relativamente prudentes, pero que en otras llegaron hasta sus últimas e inevitables consecuencias, legitimando o postulando directamente el genocidio.

II. El enemigo en el práctica del ejercicio real del poder punitivo:

1. El poder punitivo de la Revolución Mercanti.-I

El ser humano no es concebible fuera de relaciones interactivas (de cooperación o conflicto) que van creando estructuras de poder que aparecieron en sociedades pequeñas (tribus, clanes), se extendieron a otras más amplias (nacionales) y por fin abarcaron el planeta. El poder de Europa se fue extendiendo por los otros continentes a partir del siglo XV en forma de colonialismo, desde el XVIII como neocolonialismo y desde el XX se combina con otras potencias desarrolladas y se ejerce como globalización. Todas estas etapas fueron precedidas por transformaciones económicas, políticas, sociales y culturales, llamadas revoluciones (mercantil, siglos XIV/XV; industrial, siglo XVIII; y tecnológica, siglo XX), como puntos de un mismo proceso expansivo del poder.

Cada uno de estos momentos generó una comprensión del mundo y un discurso legitimante y deslegitimante, con integrados y apocalípticos, y aparejó fenómenos violentos en creciente extensión, conforme al incremento del potencial tecnológico de control y destrucción, hasta llegar al presente, en que pone en riesgo la vida de todo el planeta azul.

El ejercicio del poder planetario necesitó siempre cierta forma de poder interno en las potencias

dominantes, pues no se puede dominar sin organizarse previamente en forma dominante. Por ello, Europa, para iniciar el proceso de mundialización del poder, debió antes reordenar sus sociedades en base a una jerarquización fuerte, muy semejante a una organización militar (corporativización de las sociedades), para lo cual retomó un ejercicio de poder interno que se había practicado por la gran potencia conquistadora precedente (Roma) y que a su caída había desaparecido: esto es, el poder punitivo.

La característica diferencial del poder punitivo es la confiscación del conflicto, o sea, la usurpación del puesto del damnificado o víctima por parte del señor (poder público), degradando a la persona lesionada o víctima a la condición de puro dato para la criminalización. Los paliativos que hoy se ensayan para no victimizar por segunda vez no logran disimular la esencia confiscatoria de la víctima que caracteriza al poder punitivo y menos aún pueden alcanzar su cancelación. Sólo cuando se extrae el conflicto de ese modelo y se lo resuelve conforme a alguno de los otros modelos de decisión de conflictos se llega a una solución, pero en ese supuesto el poder punitivo desaparece, porque por definición nos habremos salido de su modelo.

Lo cierto es que desde el momento de la confiscación de la víctima, el poder público adquirió una enorme capacidad de decisión (no de solución) en los conflictos y también de consiguiente arbitrariedad, dado que selecciona libremente a las pocas personas sobre las que en contados casos quiere ejercer el poder, como también la medida y forma en que decide hacerlo y, para ello, ejerce un constante poder de vigilancia controladora sobre toda la sociedad y, en especial, sobre los que supone real o potencialmente dañinos para su jerarquización.

Ese formidable instrumento de verticalización social proporcionó a las sociedades europeas la férrea organización económica y militar (y la homogeneidad ideológica) indispensables para el éxito del genocidio colonialista, o sea, las dotó de una estructura y organización colonizadora. Ni Roma hubiese podido conquistar Europa, ni ésta hubiese podido conquistar América y África sin la poderosa verticalización interna que resulta de la confiscación de las víctimas como pretexto para vigilar, disciplinar y neutralizar a los disfuncionales. Sin este instrumento tampoco hubiesen controlado a los países colonizados, donde asumió formas jerarquizantes propias, para convertirlos en inmensos campos de concentración, vale decir, que sirvió para dotarlos de estructuras y organizaciones colonizadas.

Los ejércitos conquistadores fueron sólo la expresión visible de otros mucho mayores que eran las mismas sociedades o naciones colonizadoras, estructuradas corporativamente, jerarquizadas y dotadas de una ideología única, que no admitía disidencias.

Estos ejércitos inmensos se armaron a partir de células controladoras pequeñas (familias) en las que mandaba un suboficial (pater) al que se sometían las mujeres, los viejos, los siervos, los esclavos, los niños y los animales domésticos, todos inferiores biológicos al pater, que según el derecho civil tradicional respondía y sigue respondiendo por los daños causados por sus subordinados. Los romanos inmolaron sin reservas su libre albedrío a la libertad política; aprendieron muy temprano a obedecer a sus padres, para saber después obedecer al Estado. La obediencia debida como eximente o como atenuante de responsabilidad penal tiene origen doméstico, privado. De allí la importancia del control de la sexualidad -y las consiguientes misoginia y homofobia- como elemento disciplinante, al que las leyes dedicaron desde la edad media más espacio que a la regulación de la propiedad, lo que se refleja también en la manualística, obsesionadas por reprimir toda manifestación dionisiaca, considerada diabólica por su potencial de indisciplina.

El discurso teocrático, usado durante la primera etapa de la planetarización del poder, presentaba al genocidio colonialista como una empresa piadosa, en cuyo nombre se daba muerte a los disidentes internos, a los colonizados rebeldes y a las mujeres díscolas. El enemigo de esta empresa, después

de la extinción de los infelices albigenses y cátaros, era Satán, lo que dio lugar a la primera de la larga lista de emergencias, que seguirían en los siglos sucesivos hasta la actualidad, o sea, de amenazas más o menos cósmicas o apocalípticas que justifican una guerra y, por ende, demandan la individualización de un enemigo.

Desde su origen mismo, el poder punitivo mostró su formidable capacidad de perversión, montada – como siempre- sobre un prejuicio que impone miedo, en este caso sobre la vieja creencia vulgar europea en los maleficia de las brujas, admitida y ratificada sin tapujos por los académicos de su tiempo.

Con singular presteza el modelo inquisitorial fue seguido por los tribunales laicos y generalizado. Cuando en el siglo XVI la inquisición romana decayó, el modelo permaneció en manos del poder político y los enemigos fueron los herejes o reformados, que brindaban el espectáculo patibulario y festivo de las ejecuciones públicas en las principales plazas de todas las ciudades de Europa. En España, los principales enemigos nunca fueron las brujas –aunque se eliminó a muchas- sino los del monarca, sindicados como herejes o disidentes, es decir, como *hostis judicatus*, prolongándose la inquisición hasta el siglo XIX.

Fuera de Europa, el poder colonialista legitimado por estos discursos se ejerció en forma de genocidio, procediendo a la eliminación de la mayor parte de la población americana, desbaratando sus organizaciones sociales y políticas y reduciendo a los sobrevivientes a la condición de servidumbre y esclavitud. La exigencia de mano de obra extractiva determinó el tráfico esclavista africano, llevado a cabo por comerciantes ingleses, franceses y holandeses, que compraban prisioneros y enemigos a los reyezuelos de las costas de África, provocando de este modo la destrucción de las culturas precoloniales de ambos continentes.

Esta explotación tuvo por objeto el establecimiento y explotación de una economía extractiva que produjo una enorme cantidad de materias primas y medios de pago, que no supieron aprovechar convenientemente las potencias colonizadoras ibéricas, debido a que la extrema jerarquización de sus estructuras internas las privaba de cualquier flexibilidad, por lo que acabaron debilitándose y abriendo el espacio para el fortalecimiento de las potencias neocolonizadoras, lo que dio origen al capitalismo moderno al desplazar la hegemonía mundial de España y Portugal a las potencias del centro y norte de Europa. La férrea jerarquización que posibilitó la colonización fue el impedimento para el desarrollo del capitalismo en Iberia, marcando su decadencia imperial.

Desde esta primera etapa es posible observar cómo se desplegaron los núcleos troncales del *hostis romano*, a partir de lo cual el poder punitivo real siempre consideró enemigos y, por lo tanto, eliminó a los patibularios o autores de crímenes graves, quienes nunca constituyeron un problema para éste, debido a que su invariable destino era la supresión física. Tampoco constituía mayor problema el *hostis judicatus* o enemigo político, pues por lo general también era eliminado, aunque perteneciera a las clases invulnerables.

Las dificultades las crearon siempre los molestos que reinciden en comportamientos de menor gravedad o que, simplemente, se manifiestan como indisciplinados, las que se acentuaron posteriormente cuando, con la concentración urbana, se debilitó el espontáneo y estricto control social rural. Estos serían los enemigos o extraños más complicados, pues requieren vigilancia, dado que su peligrosidad para el poder siempre es potencial. Si bien por cierto en un principio también éstos eran eliminados, al aumentar su número con la concentración urbana y al facilitar ésta la comunicación y la información inmediata, se hacía muy penoso seguir adelante con la matanza indiscriminada y masiva que, por otra parte, difícilmente hubiese sido tolerada por la población, que comenzaba a disponer de mayor información.

En consecuencia, no puede asombrar la afirmación de que en todas las épocas, con mayor o menor crueldad según las condiciones y circunstancias, se haya llevado a cabo o tendido a una represión penal plural, según la cual los autores de delitos graves (patibularios) y los disidentes hayan sido eliminados, los marginales o molestos hayan sido neutralizados y, finalmente, los ocasionales, hayan sido tratados como personas más parecidas o funcionales a quienes detentan el poder o a sus aliados y, por lo tanto, consideradas como protagonistas de errores pasajeros y destinados a cierta benevolencia en los pocos y raros casos en que eran sometidos al poder punitivo. Estas tendencias se observan claramente en el colonialismo, o sea, en la primera etapa del poder planetario, en que la distinción en el ejercicio del poder punitivo era muy neta, según que sus destinatarios fuesen iguales o extraños, amigos o enemigos.

Los iguales merecieron especial consideración, teniendo en cuenta la altísima selectividad del poder punitivo de la época, que casi nunca los tocaba. Los extraños o enemigos abarcaban a los autores de delitos graves y a los disidentes políticos, respecto de los que se prodigaba la pena de muerte pública, como espectáculo festivo en las plazas, que sin duda reafirmaba la vigencia de las normas de modo más concreto que simbólico y, al mismo tiempo, cumplía la función de contención, dado que el ejecutado quedaba neutralizado para toda la eternidad.

No es posible hablar de ciudadanía en este período, pues no existía ni siquiera el concepto. Se trataba de súbditos, pero el círculo de súbditos privilegiados era reducido, de modo que la gran mayoría componía las clases subalternas que debían ser mantenidas en esa condición. Resultaban molestos los que eran enemigos indirectos, que con su conducta desafiaban el férreo orden vertical y que se distinguían de los simplemente inferiores –destinados a la explotación lisa y llana-, a los que sólo en caso de indisciplina se sancionaba ejemplarmente, con horribles torturas, para preservarlos de cualquier desvío de su domesticación extractiva. Por ello, los molestos también debían ser eliminados, como remedio preventivo de la eventual indisciplina de los inferiores y, para ello, se acudía siempre a la pena de muerte, aunque se introducía como alternativa su eliminación algo más lenta mediante la incorporación forzada a los ejércitos o a la producción de energía motriz (pena de galeras).

2. La revolución inquisitorial: el secuestro de Dios.-

Es imposible comprender la operatividad de este poder punitivo como instrumento indispensable para lograr las estructuras sociales colonizadoras primero y colonizadas después, sin tomar en cuenta la enorme transformación cultural que significó su surgimiento y el modelo inquisitorial que lo acompañaba.

El poder punitivo había desaparecido en gran medida con el ocaso de Roma y la generalización del feudalismo, para renacer en los siglos XII y XIII. Hasta entonces la conflictividad se resolvió mediante la lucha, como ordalía o forma de presencia directa de Dios en la toma de decisiones. La ordalía del duelo era la vía por la cual Dios expresaba su decisión y, por ende, decidía acerca de la verdad. El juez era una suerte de árbitro que velaba por el respeto a las reglas, para que no hubiese argucias que desvirtuasen o impidiesen la expresión clara de la voluntad divina. Las partes –o sus representantes- luchaban y el vencedor era portador de la verdad, su condición era prueba de su razón.

Con el surgimiento del poder punitivo, se abandonó la lucha y la verdad comenzó a establecerse por interrogatorio o inquisitio. El sujeto de conocimiento –inquisidor (interrogador o investigador)- pregunta al objeto de conocimiento –inquirido (interrogado o investigado)- y de este modo obtiene la verdad. Si el objeto no responde lo suficiente o lo hace sin la claridad o la precisión demandada por el sujeto, se lo violenta hasta obtener la respuesta (se le aplica tormento). El inquisidor o interrogador deja de ser un árbitro y pasa a ser un investigador; la virtud está de su lado porque

ejerce el poder del soberano, dado que éste se considera víctima (usurpa o confisca el rol de la víctima). Dios ya no decide entre dos iguales como partes, sino que está secuestrado por el señor, por el dominus.

Se ha sostenido que esta forma de obtener la verdad pasó del proceso penal a todo el saber humano y que la lucha o disputatio, que era la vía de obtención de la verdad de todo el saber (astrología, alquimia, medicina deductiva), cedió su lugar a la inquisitio (interrogación del sujeto cognoscente al objeto de conocimiento), con lo cual la astrología se transformó en astronomía, la alquimia en química, la medicina deductiva en empírica, etc. Aunque no se comparta esta afirmación, lo cierto es que existe una sugestiva coetaneidad en esa transformación.

La inquisitio no debe identificarse con la inquisición romana ni limitarse a ella, que fue una institución centralizadora del poder del Papa, como tampoco con la inquisición ibérica al servicio del poder regio, sino que se practicó como modo de establecimiento de la verdad en todos los tribunales laicos, siendo –como vimos– la práctica común de la justicia que acompañó a la revolución mercantil y al colonialismo. La virtud estaba siempre secuestrada por el poder y, por consiguiente, Dios también permanecía prisionero de éste. El poder que surgió de esta transformación es del señor, del dominus, que monopolizaba el bien y lo que se le oponía siempre era el mal.

La necesidad o apetito de verdad del dominus (sujeto cognoscente) legitimaba la violencia contra el objeto de conocimiento, sin que éste fuese culpable. El dominus es casi infinitamente bueno o, si no lo es él, lo es Dios, que es su prisionero, y necesita –para poner en acto esa bondad– ser también casi infinitamente sabio, por ende, nada podía oponerse a su voraz apetito de verdad. La infinita bondad del dominus se manifestaba en su generosa empresa liberadora de los males cósmicos que amenazaban a todos, como era Satán a través de la brujería o de la herejía.

Este planteo, posteriormente laicizado, al suprimir a Dios dejó como bien supremo el saber mismo, con lo cual en los saberes (ciencias) se reemplazó a Satán por la ignorancia. La ignorancia será el mal y el saber el bien; todo saber abrirá la conciencia y liberará, toda ignorancia será esclavizante, el saber es siempre luminoso y progresista, la ignorancia es oscura y retardataria. Por ende, nada puede detener la marcha del acceso a la verdad y, por consiguiente, el insaciable apetito de verdad –por no decir glotonería y voracidad de poder– del sujeto cognoscente seguirá sin detenerse ante la violencia sobre el objeto de conocimiento. El sujeto cognoscente, por esencia, estará siempre en un plano superior al del objeto de conocimiento, pues así lo requiere la estructura misma de esta forma de conocimiento.

De este modo nació un saber de dominus, que necesita siempre saber más aduciendo que es imprescindible para liberarnos de los males cósmicos. Será un saber de señores, señorial, dominante, a veces sádico. En este paso de la disputatio a la inquisitio surge un saber que busca siempre el poder, o sea, que el sujeto interroga siempre al objeto para dominarlo. Pero, por efecto del propio mecanismo de este saber, el subjectus no sólo ocupa la posición dominante, sino que él mismo queda dominado en el ejercicio de su saber (poder), pues es empujado o lanzado (yectado) hacia abajo (sub), por el peso del propio objectus que se le lanza (yecta) en contra (ob).

Esta dinámica se explica porque el interrogador siempre pregunta para poder y, por ende, sólo le interesa la parte de la respuesta que le otorga ese poder, pero el ente interrogado no lo sabe y además no tiene otra forma de responder que con toda su entidad (la piedra con su piedridad, la vaca con su vaquidad, etc.). El interrogador no está preparado para esta respuesta, no soporta toda la entidad que el interrogado le arroja en su contra, que le yecta (jectus) contra (ob), y de este modo va quedando aplastado (empujado hacia abajo, subjectus, sujetado) por el peso de las respuestas entitativas, que no quiere procesar porque no son necesarias o útiles a su objetivo de poder y que,

aunque quisiese, tampoco podría hacerlo, porque está entrenado para no escucharlas.

Quizá esta sea la esencia misma del fenómeno de pérdida de control humano o autonomización de la tecnología. Una técnica orientada sólo a la acumulación de saber para poder buscar una acumulación progresiva e infinita de poder que algunos interpretan como una evasión a la finitud del ser humano –la no elaboración de la muerte- que neurotiza a toda la cultura industrial. Por otra parte, cuando el objeto de conocimiento es el propio ser humano, al subjectus, para conservar su posición de dominus, no le queda otro recurso que jerarquizar a los seres humanos, incurriendo en todas las formas de discriminación y eventuales crueldades imaginables.

La interrogación violenta de todos los objetos a conocer y la jerarquización de seres humanos son dos condicionantes que parten de la necesidad de conocimiento (apetito de saber) del poder que a la vez es árbitro de lo bueno y, por tanto, el único capaz de definir lo malo y señalarlo como enemigo, como hostis.

En este esquema, el secuestro de Dios garantiza la legitimidad del conocimiento inquisitorial del dominus, pues como su saber (poder) se supone que siempre se dirige al bien, todo poder que se ejerza en procura de ese saber no debe ser obstaculizado, puesto que lo malo es, justamente, obstaculizar lo bueno. De este modo queda habilitado –e incluso se impone- el uso de la violencia contra cualquier obstáculo (objectus) que se le oponga. Aunque no parezca razonable comparar a un inquisidor con un investigador científico, lo cierto es que tanto la tortura como la vivisección se consideran como un bien en la inquisitio, porque el dominus garantiza que con ello se salva a la humanidad frente a las emergencias (Satán, enfermedad, degeneración, etc.). Todo obstáculo al saber inquisitorial del dominus es enemigo del bien y aliado del mal.

En este sentido es dable rescatar el valor de la famosa frase la ciencia no piensa, al menos en el sentido de que sin ética que limite su enemistad con todos los obstáculos al poder, la ciencia camina hacia el Holocausto, lo que equivale a decir que el poder del dominus sin ética, marcha al genocidio y al ecocidio por el camino de la inquisitio.

Esta fue, sin duda, la mayor revolución protagonizada por la inquisición con el reemplazo de la disputatio (establecimiento de la verdad por lucha) por la inquisitio (establecimiento de la verdad por interrogación). Desde esta perspectiva puede afirmarse que la edad media no ha terminado y está lejos de terminar. Dependerá de la capacidad humana de transformación del conocimiento, que la inquisitio sea reemplazada algún día por el dialogus, en que el saber no sea ya de dominus sino de frater. Pero la mera perspectiva de este posible cambio civilizatorio muestra la formidable medida en que el problema trasciende el campo de lo penal para convertirse en una cuestión central de la cultura universal. Pretender ignorar esta dimensión y resolver la cuestión como un puro problema de política criminal que es posible liquidar en pocas páginas es una ingenuidad insostenible, o bien, una limitación de conocimiento inadmisibles por su altísimo nivel de aislamiento respecto de los otros saberes.

De lo dicho resulta claramente que la enemistad no es sólo –ni mucho menos- una cuestión del poder represivo, sino un condicionamiento cultural del modo de saber inquisitorial, que es propio de la civilización que nació con el poder punitivo y se planetarizó en un proceso creciente a partir de la revolución mercantil y los genocidios colonizadores.

Este saber inquisitorial de dominus se acumula como saber señorial tecnológico en una recta de pretendido progreso lineal e infinito, que condiciona la idea del tiempo que tiene la civilización planetaria: el tiempo lineal. La concepción lineal del tiempo está íntimamente vinculada a la venganza, al punto que de ella depende: la venganza es siempre venganza contra el tiempo, dado que no es posible, en una concepción lineal, hacer que lo que ha sido no haya sido. La venganza es

contra lo que fue y ya no puede ser de otro modo ni volver a ser. El humano está preso del tiempo y de su “fue”. La venganza es una necesidad de la concepción lineal del tiempo.

No sería correcto continuar el desarrollo de las tesis enunciadas sin advertir la magnitud civilizatoria del problema del enemigo y, consiguientemente, la contradicción básica que late en la cultura, que se traduce en una incompatibilidad de fondo entre la concepción antropológica que funda los Derechos Humanos y la inevitable idea de venganza, dependiente de la noción del tiempo lineal, propia de una medieval forma de conocimiento inquisitorio señorial que legitima la violencia del poder (saber) necesariamente condicionante de la jerarquización de seres humanos.

En definitiva, el derecho penal no ha hecho más que traducir esta contradicción durante ocho siglos y empeñarse, teóricamente, en los dos últimos en compatibilizar lo incompatible. De allí que, en base a estas observaciones propias de la antropología cultural, se pueda explicar –sin sorpresa alguna- la constante facilidad con que se introduce el enemigo o extraneus, el hostis, en la realidad operativa del poder punitivo y en la teorización legitimante correspondiente.

3. El poder punitivo de la Revolución Industrial.-

El panorama inquisitorial más o menos puro se mantuvo hasta la Revolución industrial, que dio lugar a cambios que no borraron el control penal diferenciado, pero lo atenuaron, aunque a veces más discursiva que realmente. No obstante, asentada la nueva clase hegemónica de industriales y comerciantes en el poder, se reafirmó la dualidad de tratos penales : si bien se mantuvieron las garantías para los iguales, pocos cambios se introdujeron para los extraños.

El surgimiento de una nueva clase social poderosa y en desarrollo, como era la de los industriales y comerciantes, en competencia con la establecida –nobleza y clero-, determinó que la primera procurase por todos los medios debilitar el poder de la vieja clase hegemónica y, como capítulo fundamental de esa empresa, tratase de reducir el poder punitivo, que era una de sus principales armas de dominación. Este esfuerzo se tradujo en un discurso penal reductor y en menor medida en cambios en la realidad operativa del poder punitivo, que no dejó de ejercerse selectivamente, sino de modo que fuese funcional al crecimiento y expansión de la nueva clase social.

Aunque la pena de muerte se redujo a los criminales graves (asesinos) y a los disidentes (la Comuna de París, por ejemplo), al matarlos seguían dejando de ser problema. Las dificultades –como hemos señalado- se manifestaron en cuanto a los molestos, cuyo número aumentó con la concentración urbana, siendo necesario domesticarlos para la producción industrial y neutralizar a los resistentes. Como no era tolerable continuar matándolos en las plazas, debieron buscarse otras formas de eliminación, lo que se logró encerrándolos en prisiones con altas tasas de mortalidad, sometidos a juicios interminables con las consabidas medidas de neutralización en forma de prisión preventiva o provisional, o bien deportándolos (especialmente por Gran Bretaña y Francia, pero también por la Argentina), o sea que, si bien la prisión reemplazó en muchos casos a la muerte y formalmente se convirtió en la columna vertebral del sistema penal, era una verdadera pena de muerte por azar en las metrópolis, al igual que la pena de deportación que reemplazó a la leva y a las galeras, cuando éstas de volvieron insostenibles en razón de la profesionalización de los ejércitos y de la introducción de la navegación a vapor.

Cabe observar que uno de los factores más importantes para la transformación parcial del poder punitivo fue la concentración urbana, que aumentó considerablemente el número de los molestos y también las dificultades de su control social, que eran desconocidas en las sociedades rurales, con fuerte control y escasa comunicación e información.

Si bien el siglo XIX introdujo grandes novedades legislativas, no puede negarse que el círculo de

iguales seguía siendo muy reducido en todo el planeta e incluso en los países centrales o un tanto apresuradamente considerados –a juzgar por su conducta en el siglo XX- como más civilizados. La Italia saboiana, la Francia bonapartista del primer y del segundo imperio, la Alemania guillermina, la España borbónica, la Gran Bretaña victoriana, eran sociedades donde las grandes mayorías eran clases potencialmente peligrosas que estaban excluidas de la ciudadanía real e incluso formal, al igual que los Estados Unidos, donde los afroamericanos fueron rescatados de la esclavitud con la guerra de secesión, precipitada por una sentencia de la Corte Suprema que los consideraba seres, pero de todos modos quedaron socialmente relegados por muchas décadas y aún quienes habían luchado por la abolición los consideraban extranjeros y tejían proyectos para deportarlos en masa a África o a México.

4. El poder punitivo en la periferia neocolonizada.-

En tanto que el poder punitivo o represor era el instrumento verticalizador de las sociedades colonialistas y neocolonialistas, en las colonizadas se lo empleó para convertirlas en inmensos campos de concentración para los nativos (dado que todos eran considerados inferiores biológicos). La desvergonzada consigna escrita sobre las puertas de los campos de concentración -El trabajo libera (Arbeit macht frei)- era una síntesis grosera de las premisas colonialistas: los colonizados debían trabajar y someterse para aprender a ser libres.

Como los mestizos eran menos domesticables que los nativos puros, se desestimuló el mestizaje (apartheid) y se consideró desequilibrados (degenerados morales) a los mestizos existentes. El discurso penal trató a los nativos como inimputables (asimilando lombrosianamente a los niños y a los salvajes) y a los mestizos como locos morales en potencia. De este modo racionalizaba su exclusión y convertía a los más rebeldes en enemigos (salvajes, enemigos de la civilización, del progreso, etc.).

El ejercicio del poder represivo en los países colonizados permaneció sin grandes alternativas hasta muchas décadas después de la independencia, al amparo de repúblicas oligárquicas que mantuvieron a las mayorías en condiciones análogas a la servidumbre. La independencia significó muchas veces sólo el ascenso de la limitada clase de los blancos descendientes de los colonizadores. Justicia ejercida por terratenientes, penas de muerte privadas, asesinatos de disidentes, represiones masivas, reclutamiento forzado de mestizos y mulatos para los ejércitos, policías de ocupación, arbitrariedades y torturas, degüellos, prisionizaciones sin proceso, estados de excepción permanentes y fenómenos de increíble corrupción, fueron corrientes en estos inmensos campos de concentración.

Mientras el poder punitivo en América Latina se ejercía con esa altísima selectividad y discriminación, desde la segunda mitad del siglo XIX los gobiernos de las oligarquías locales – grupos proconsulares vinculados a intereses centrales- sancionaron constituciones y códigos penales liberales primero y peligrosistas después, copiadas las primeras de los Estados Unidos y los segundos de Europa continental. Se trataba del momento de las llamadas repúblicas oligárquicas, como el patriciado peruano, el porfirismo mexicano, la oligarquía vacuna argentina, la del estaño en Bolivia o la república velha brasileña.

Con la guerra civil más sangrienta del siglo XX latinoamericano –la Revolución Mexicana- comenzó la caída de las repúblicas oligárquicas; el poder punitivo se transformó al compás de dictaduras de viejo estilo y de procesos políticos conocidos como populismos que -en general- lo usaron de modo más prudente, aunque con frecuencia bajo el signo del paternalismo policial. Los discursos jurídicos penales abandonaron el positivismo puro y se matizaron con teorías alemanas importadas sucesivamente como técnicas, con total prescindencia de su marco político y social originario. La legislación sufrió la influencia de los códigos europeos de segunda generación, como

el Codice Rocco y los proyectos suizos de Stooss.

Los populismos fueron proteccionistas y nacionalistas, abrieron el protagonismo político a amplios sectores antes excluidos y desataron el odio de las oligarquías precedentes y de sus ideólogos. Como no eran simpáticos a las administraciones norteamericanas, éstas, mediante golpes de estado, promovieron retrocesos en los incipientes estados de bienestar impulsados por los populismos, que en algunos países habían alcanzado niveles interesantes al promediar el siglo. Estas regresiones generaron resistencias, algunas de las cuales, con el correr de los años, dieron lugar a movimientos minoritarios armados de inspiración marxista. Con el pretexto brindado por los últimos, los Estados Unidos intervinieron provocando nuevos golpes de estado que instalaron fuertes dictaduras y regímenes militares que practicaron el terrorismo de estado con inusitada crueldad, en especial en el cono sur.

Para eliminar los últimos vestigios de las políticas populistas, la definición del enemigo de estos regímenes militares no se detuvo en los integrantes de los minoritarios grupos armados, que sólo sirvieron como pretexto, sino que en algunos casos casi extinguieron físicamente a una generación de dirigentes actuales y potenciales. En Argentina y Chile es claro que se propusieron extinguir toda posibilidad de cambio social progresista. Las dictaduras de seguridad nacional latinoamericanas aplicaron reclusión perpetua y sólo muy excepcionalmente la pena de muerte formal, en tanto que emplearon medidas eliminatorias para los molestos o ejecuciones policiales sin proceso.

En cuanto a los disidentes, implementaron dos formas de ejercicio del poder punitivo traducidas en un desdoblamiento del sistema penal: un sistema penal paralelo que los eliminaba mediante detenciones administrativas ilimitadas (invocando estados de sitio, de emergencia o de guerra que duraban años), y un sistema penal subterráneo, que procedía a la eliminación directa por muerte y desaparición forzada, sin proceso legal alguno. Si bien ejercieron un poder punitivo ilimitado y pervirtieron las medidas de excepción de las constituciones, impusieron miles de penas sin proceso y sometieron a civiles a tribunales y comisiones militares, lo cierto es que su carácter diferencial fue el montaje del mencionado sistema penal subterráneo sin precedentes en cuanto a crueldad, complejidad, calculadísima planificación y ejecución, cuya analogía con la solución final es innegable. Mediante este aparato cometieron miles de homicidios, desapariciones forzadas, torturas, tormentos, secuestros, crímenes sexuales, violaciones domiciliarias, daños e incendios, intimidaciones, robos, extorsiones, alteraciones de estado civil, etc., sin ninguna base normativa, incluso dentro de su propio orden de facto.

La administración norteamericana también presionó a estas dictaduras para que declararan la guerra a la droga, en una primera versión vinculada estrechamente a la seguridad nacional: el traficante era un agente que pretendía debilitar la sociedad occidental, el joven que fumaba marihuana era un subversivo, se confundían e identificaba a los guerrilleros con los narcotraficantes (la narcoguerrilla), etc. A medida que se acercaba la caída del muro de Berlín, se necesitaba otro enemigo para justificar la alucinación de una nueva guerra y mantener niveles represivos altos. Para ello se reforzó la guerra contra la droga.

En los años ochenta del siglo pasado, toda la región sancionó leyes anti-droga muy parecidas, en general por presión de la agencia estadounidense especializada, configurando una legislación penal de excepción análoga a la que antes había sido empleada contra el terrorismo y la subversión. Estas leyes, que permanecen en vigencia en su mayoría, violaron el principio de legalidad, multiplicaron verbos conforme a la técnica legislativa norteamericana, asimilaron participación y autoría, tentativa, preparación y consumación, desconocieron el principio de ofensividad, violaron la autonomía moral de la persona, penaron a enfermos y tóxicodependientes, etc. En lo procesal se crearon tribunales especiales, se introdujeron elementos inquisitoriales como el premio al delator, la habilitación del espía, el agente provocador, los testigos anónimos, los jueces y fiscales anónimos,

etc. Se estableció una aberrante legislación penal autoritaria, que pocos se animaron a denunciar, amenazados con ser imputados como partícipes y encubridores del narcotráfico o con ser prisionizados, al mejor estilo inquisitorial, lo que sucedió incluso con magistrados, fiscales y académicos.

Mientras las prisiones se sobrepoblaron con consumidores de tóxicos (que se supone que son las víctimas) y con mujeres transportadoras (mulas), se crearon economías complementarias, la corrupción de los sistemas penales fue formidable –incluso de las fuerzas armadas incorporadas a funciones policiales–, el volumen del comercio hacia los Estados Unidos creció increíblemente y el precio del servicio de distribución interna en ese país se mantuvo alto, logrando insertar en el circulante algo así como medio millón de millones de dólares anuales, lo que da idea de la recesión que provocaría su abrupto descenso.

Pero lo cierto es que la droga no tuvo entidad para ocupar el puesto que dejó vacío la caída del muro de Berlín y el autoritarismo penal –como era de esperarse– tampoco tuvo efecto preventivo alguno, sino que se difundió y amplió la producción, importación y consumo de tóxicos en las sociedades latinoamericanas, con el perverso efecto de reservar el de mejor calidad para la exportación y fomentar el consumo interno de los más perjudiciales y destructivos, siguiendo la tradición de que se exporta lo mejor y se consume internamente lo peor, en este caso con necrosamiento de neuronas.

5. El viejo autoritarismo del siglo XX.-

La globalización está precedida por una revolución tecnológica que es, ante todo, una revolución comunicacional. Este formidable avance permite que cunda por el planeta un discurso único de características autoritarias antiliberales, que estimula un ejercicio del poder punitivo mucho más represivo y discriminatorio, pero de orden mundial.

Se trata de un discurso de medios, por lo que no corresponde que sea analizado por el derecho penal, sino como fenómeno mediático y en especial publicitario. Pese a que el autoritarismo que preconiza en el poder punitivo es idéntico al de cualquier momento en que arrecia el inquisitorio, su modo de imposición como discurso único es nuevo, por lo que corresponde diferenciarlo de los autoritarismos anteriores, cuya hegemonía se imponía de forma por entero diferente. Para ello se hace necesario analizar un tanto más de cerca lo sucedido con los anteriores autoritarismos, a efectos de no caer en falsas similitudes.

En la Europa de entreguerras (1918-1939) se exaltó el heroísmo e irrumpieron nuevos autoritarismos que asumieron variantes discursivas penales de carácter biológico: se tiñó de marxismo en Rusia, de idealismo en Italia y de descarnado y brutal racismo genocida en Alemania.

Si bien los discursos de estos regímenes se elaboraban conforme a la estructura inquisitorial, se nutrían de la ideología proveniente del siglo XIX, o sea, de la peligrosidad, inseparable cónyuge legítima del racismo, que siguió su destino policial/administrativo, legitimando crímenes en la medida en que cada autócrata quiso llevar adelante sus propósitos genocidas, incluso mucho más allá de las propias leyes formales y de las racionalizaciones –aún las más aberrantes– de sus escribas jurídicos y criminológicos.

En efecto: los peligrosos o enemigos fueron parásitos para los soviéticos, subhumanos para los nazistas y enemigos del estado para los fascistas, todos sometidos a un sistema penal paralelo compuesto por tribunales especiales inquisitoriales/policiales. Por supuesto que en la realidad fueron mucho más crueles los nazistas, que los eliminaron a casi todos en sus campos de concentración, asesinaron a los enfermos que consideraban incurables y castraron y esterilizaron a

muchos miles de personas por su orientación sexual, pero ello no excluye otras atrocidades ni obsta a que en el fondo hubiese una base ideológica común en lo penal, que era el peligrosismo médico/policial (racismo) proveniente del siglo XIX.

En el plano real, estos autoritarismos ejercieron su poder represivo en forma genocida, creando los ya mencionados sistemas penales subterráneos, con desapariciones, torturas y ejecuciones policiales, individuales y masivas, sin ningún sustento legal. El Holocausto no tuvo base legal ni siquiera en la propia legislación nazista, como no fuera el bochornoso Führerprinzip .

La eliminación de los prisioneros polacos por el stalinismo tampoco la tuvo. La famosa noche de los cuchillos largos no fue más que un asesinato selectivo de hostis judicatus o disidentes. Las leyes penales de estos autoritarismos mostraban sólo la cara visible del sistema penal formal y algo del sistema penal paralelo, mientras en la trastienda funcionaba el más terrible, el subterráneo, sin ley y sin límites.

Pero, considerando que el poder punitivo no tenía límites, cabe preguntarse: ¿Para qué mostrar la ley? ¿A quién mostrar con la ley un poder limitado que se ejercía ilimitadamente? ¿A quien se dirigía la ley sociológicamente hablando?

Las leyes las redactaban juristas, y no podían dirigirse a los autócratas que se las encomendaban a través de sus amanuenses. Si se dirigían a ellos, no era para limitarles su poder omnímodo, sino para agradecerles.

Todas las leyes de defensa y de protección del estado nazi se dirigían al Führer para complacerle, pero también al público, para propagar las bondades de un régimen que pretendía que con ellas lo defendía y protegía . Básicamente, pues, estas leyes autoritarias tenían dos destinatarios: los autócratas, a quienes sus escribas debían agradecer para no caer en desgracia, y el público, ante el cual debían servir de propaganda. Sólo secundariamente tendían a burocratizar la supresión de enemigos, que eran los extraños u hostis. En la práctica, eliminaban con la muerte a los criminales graves y con ésta y el exilio a los disidentes, y encerraban por tiempo indeterminado a los molestos, aunque los nazistas decidieron también regresar a la eliminación de éstos últimos.

La principal característica de las leyes que regían el sistema penal mostrable, o sea, el oficial o público, era su frontalidad. Este rasgo fue descrito para el arte cortesano por Julius Lange y Adolf Erman, señalando que su principio rector es que la figura humana o el lenguaje o cualquier manifestación, están dirigidos a un observador, al que deben agradecer, en actitud respetuosa y servil. Es la misma frontalidad del teatro cortesano, que nunca vuelve la espalda al observador, que siempre le recuerda que se trata de una ficción que está dirigida a él y no a otro. Apenas con el relativismo sofista y su pluralismo de perspectivas desapareció la frontalidad. Idénticos rasgos presentaron estas leyes de los autoritarismos de entreguerras.

Esa legislación era parte de todo un escenario que compartía en alta medida el carácter frontalista, del que también formaban parte la arquitectura monumental con imponentes fachadas neoclásicas, las estatuas colosales, las inmensas paradas y desfiles uniformados, los atuendos vistosos, las condecoraciones y ceremonias particularmente ostentosas, el generalizado histrionismo, etc. Esto se explica porque, en definitiva, la frontalidad es característica de toda manifestación de un régimen autocrático y no solamente de las artísticas, lo que hace que también sus leyes sean frontalistas.

Si bien las leyes se dirigían al autócrata y también al público, no por ello eran bifrontes, sino que tenían un único frente: al autócrata le agradaba lo que le servía como propaganda, especialmente en una época en que se adquiría clara consciencia del formidable poder de la propaganda. Esto no significa que por dirigirse al público fuesen democráticas, puesto que respondían a lo que desde

entonces se llama völkisch.

En rigor, lo nuevo a su respecto es la denominación völkisch, pero no el fenómeno en sí, que es una técnica que acompaña toda fabricación de un enemigo desde hace siglos. La técnica völkisch (o populachera) consiste en alimentar y reforzar los peores prejuicios para estimular públicamente la identificación del enemigo de turno. Al analizar el nazismo se llamó la atención sobre esta técnica y se la bautizó, especialmente porque está íntimamente vinculada al discurso que privilegia en lo teórico la pretendida democracia plebiscitaria, anticipada por Weber y sostenida por Carl Schmitt, asociada con su concepto decisionista de lo político basado en la distinción de amigo/enemigo, que lo explicita en este período.

De cualquier manera, por mucho que en ese momento el discurso haya alcanzado su más alto grado de sinceridad, se trataba de una racionalización para justificar un régimen político que ejercía un poder represivo ilimitado, habilitado por leyes aberrantes o, directamente, sin ninguna habilitación legal, pero que, con o sin cita de Schmitt y con mayor o menor elaboración, acudía al recurso que siempre se ha usado para legitimar el poder punitivo ilimitado en cualquier emergencia: la alucinación de una guerra.

Si bien toda identificación del enemigo se basa en un mito, la frontalidad de los autoritarismos de entreguerras lo hizo de modo perversamente grosero. La extrema brutalidad nazista desplazó algunas racionalizaciones más elaboradas reemplazándolas por las más primitivas; prefirió las fábulas de Rosenberg a las elaboraciones de Schmitt o de Heidegger. En el fascismo parecían convivir discursos diferentes y no molestaban sus dispares niveles de elaboración, y el stalinismo eliminaba directamente a los que se podían volver molestos según la paranoia del autócrata. Los mitos más groseros se imponen porque existe siempre una relación inversa entre el grado de irracionalidad y brutalidad del poder represivo y el nivel de elaboración del discurso que trata de legitimarlo, y también porque se adecuan mejor a las demandas publicitarias.

No obstante, cabe insistir en la presencia de estos mitos, algunos muy viejos -como los raciales y de la sangre-, otros más nacionalistas, producto de tradiciones idealistas y de la necesidad de reforzar estados unificados recientemente. Los mitos antiguos en parte se combinaron con el viejo racismo spenceriano y, a decir verdad, si bien eran aberrantes, no puede negársele -como tampoco al viejo racismo- su inventiva colorida ni su creatividad depravada, es decir, la brillantez de su perversión.

6. El nuevo autoritarismo cool del siglo XXI.-

Caracterizado el autoritarismo de entreguerras y su ejercicio de poder punitivo, estamos en condiciones de mostrar sus grandes diferencias con el autoritarismo del actual ejercicio de este poder y su discurso planetario único.

Pasada la segunda guerra mundial y la llamada guerra fría, el capital cambió su naturaleza con la globalización. Sus predominantes intereses especulativos están garantizados por un complejo sistema de organismos internacionales, pero son sostenidos principalmente por la administración republicana de los Estados Unidos, potencia que había pasado al primer plano desde la primera guerra mundial, en que Europa fue arrasada y los republicanos que sucedieron al idealista presidente Wilson la libraron a su suerte.

En los años veinte del siglo pasado la afluencia de capital hacia Estados Unidos provocó también la de inmigrantes, seleccionados conforme a criterios racistas rechazados por el discurso académico de ese mismo tiempo, y la prohibición alcohólica originó fuertes organizaciones de criminalidad de mercado. La terrible crisis de 1929 dio lugar al New Deal (estado providente, Welfare State o populismo estadounidense) y los hechos posteriores acentuaron el poder de los Estados Unidos en el

mundo, no exento de componente mítico. El abrupto final de la llamada guerra fría los dejó como potencia hegemónica indiscutida.

El sistema penal norteamericano fue interesante en cuanto a penas no privativas de la libertad, la odiosa presencia de la pena de muerte parecía llegar a su fin cuando en 1972 la Corte Suprema declaró su inconstitucionalidad, con el magnífico voto del juez decano que la fundaba en la selectividad; los índices de prisionización se mantenían estables desde el siglo XIX . Esta situación se modificó radicalmente desde fines de la década del setenta del siglo pasado, en que el índice de prisionización comenzó a subir en forma exponencial y el sistema penal se sobredimensionó, manteniendo prisionizados y controlados (en parole y en probation) a millones de personas y proporcionando empleo a más millones. En el marco de una economía de servicios, el sistema penal se convirtió en un factor de reducción del índice de desempleo o condición de plena ocupación.

La altísima selectividad del control represivo en los Estados Unidos es negada por los jueces . Se restableció la pena de muerte, relegitimada por los jueces republicanos incorporados a la Corte Suprema por los presidentes de ese partido, comenzando por los designados por el presidente Nixon –de triste memoria-, siendo el único país de América y Europa que la aplica profusamente, condenado por la OEA por ejecución de menores.

Además, ha cundido legislación penal que impone pena perpetua a quienes hayan cometido tres o más delitos (three strikes out), o sea, que restableció la relegación definitiva de los indeseables o enemigos, violatoria del principio de proporcionalidad.

En el plano procesal, el juicio se ha vuelto extraordinario, de modo que las garantías del jurado han sido suprimidas para las personas de escasos recursos. La bargaining o negociación es poco menos que una extorsión contra las minorías y todos los segmentos de bajos recursos. Por esta vía el proceso penal acusatorio devino en gran medida una ficción, pues la decisión queda en manos del propio acusador (el ministerio público).

A diferencia del capital productivo, el globalizado no es manejado por empresarios, sino por administradores de conglomerados, que son tecnócratas que deben obtener la mayor renta en el menor tiempo, para evitar que sus inversores busquen otro tecnócrata más eficaz a quien confiar sus recursos. Es así como estos operadores van venciendo escrúpulos, hasta que su actividad entra con frecuencia en una zona donde se torna confusa con la delincuencia económica y algunas veces caen víctimas de sus choques con otros competidores y provocan catástrofes financieras con sorprendentes desmoronamientos de imperios de cartulina.

Debido principalmente a este fenómeno se ha impulsado una legislación inquisitoria, con elementos provenientes de la edad media (espías, delatores, procedimientos secretos, posiciones de garante absurdas, etc.) aplicable a un nebuloso conjunto de infracciones designadas genéricamente como crimen organizado, que motivó un número increíble de instrumentos internacionales. Se trata de un pseudoconcepto inventado por el periodismo y los políticos de la primera mitad del siglo pasado, sobre el que nunca la criminología había logrado un acuerdo, pero que ahora ha sido adoptado legislativamente para abarcar hipótesis conflictivas heterogéneas que, como resulta obvio, no pueden neutralizarse con idénticas medidas, pues nadie puede sostener racionalmente que el secuestro extorsivo, el juego ilícito y el lavado de dinero puedan combatirse y prevenirse con iguales métodos.

En definitiva, la idea menos difusa de crimen organizado equivale a criminalidad de mercado, lo que basta para mostrar la enormidad del universo abarcado. La verificación de que la mayor parte de estas actividades requieren el complemento de la corrupción pública, desató paralelas campañas de caza de brujas que, no por azar, nunca dan con los responsables del vaciamiento de países

enteros, pero motivó una enorme burocracia nacional e internacional y llegó con su moralina al absurdo de pretender un impeachment contra un presidente de los Estados Unidos por un coito oral extramatrimonial consentido con persona adulta.

Tanto el crimen organizado como la corrupción son funcionales para habilitar poder punitivo y la intromisión del estado en cualquier actividad económica desagradable al equipo de turno o que sea útil para eliminar o difamar a competidores, sin los límites ni las garantías constitucionales para tales intervenciones. Además, la campaña contra la corrupción parece centrarse más en evitar mayores costos a los inversionistas extranjeros en países periféricos que en los principios éticos que se enuncian o en los daños estructurales que causan a las economías locales.

Los Estados Unidos no rinden cuentas ante tribunales internacionales, pues no ratificaron los tratados que puedan comprometerlos. El país del multilateralismo de Wilson, hoy es campeón del unilateralismo y su política aislacionista en materia de compromisos internacionales e intervencionista como policía planetaria es semejante a la de los totalitarismos que provocaron el colapso de la Liga de las Naciones en momentos previos a la segunda guerra mundial. En el sistema penal, el país que difundió las garantías procesales practica hoy el inquisitorio más descarnado.

Este contexto obedece a que el nuevo papel de potencia más poderosa del planeta requirió un reforzamiento de su verticalismo interno. El discurso penal republicano desde 1980 es simplista: los políticos prometen más penas para proveer más seguridad; se afirma que los delincuentes no merecen garantías; se alucina una guerra a la criminalidad que, por supuesto, también es sucia, porque los delincuentes no son caballeros; se afirma que los delincuentes violan derechos humanos; algunos gobernadores buscan su reelección rodeados de las fotografías de los ejecutados a quienes no les conmutaron la pena de muerte; un exitoso candidato a presidente cerró su campaña mostrando la placa de un policía muerto y prometiendo venganza; un alcalde invirtió grandes sumas en mejorar el servicio de seguridad, depuró buena parte de la corrupción policial y actuó en tiempo de pleno empleo, pero pretende que su éxito estriba en la tolerancia cero y explica simplezas a ejecutivos latinoamericanos que le pagan cifras astronómicas por escuchar sus incoherencias publicitarias.

El 11 de septiembre de 2001, ese sistema penal encontró un enemigo de cierta entidad en el llamado terrorismo. Al mismo tiempo, tomó prestada la prevención del discurso penal legitimante y pretendió presentar como preventiva la guerra contra Irak. Como nunca antes, se descarna la identidad del poder bélico con el punitivo en una desesperada búsqueda del enemigo.

Este autoritarismo extraño a la tradición norteamericana señala un deterioro cultural en su sociedad y, en lo político, un peligroso abandono de los principios fundadores de la democracia. Se caracteriza por su desesperación para conseguir un enemigo que llene el vacío que dejó la implosión soviética. La multiplicidad de candidatos, la insuficiencia de la droga y la excesiva abstracción del crimen organizado, lo incapacitan para individualizar enemigos creíbles más allá del delincuente callejero.

La carencia de prejuicios previos sobre los que sea permitido fabricar un nuevo enemigo sólo puede ser compensada con un hecho aterrador y, a este efecto, fue funcional el atentado de septiembre de 2001 para individualizar a un enemigo creíble. A partir del hecho concreto y cierto de muerte masiva e indiscriminada, se construye la nebulosa idea de terrorismo, que no alcanza definición internacional y, por ende, abarca conductas de muy diferente gravedad, pero justifica medidas represivas que permiten retomar la vieja estructura inquisitorial y alimentarla con nuevos datos, correspondientes a la violencia criminal desatada a partir de la intervención en los países árabes. La nueva emergencia quiere justificar exigencias internacionales de adopción de legislación penal y procesal penal autoritaria en todos los países del mundo. La necesidad de defenderse, por cierto no

ya de los actos concretos de homicidios masivos e indiscriminados, sino del nebuloso terrorismo, legitima no sólo las guerras preventivas de intervención unilateral, sino también legislaciones autoritarias con poderes excepcionales, que incluyen la privación de libertad indeterminada de personas que no se hallan en condición de prisioneros de guerra ni de reos procesados, sea con el pretexto de que no son ciudadanos de los Estados Unidos o de que no se hallan privados de libertad en su territorio. Estos últimos extremos son confrontados dentro de los propios países centrales, incluso por los máximos tribunales que -por fortuna- aún conservan poder suficiente para señalarles su desvío de las tradiciones liberales y humanistas.

De cualquier manera, si bien este nuevo enemigo es peligroso, no legitima la represión sobre los disidentes internos ni sobre los molestos (pequeños delincuentes comunes), pero como pretende justificar un control mayor sobre toda la población para evitar la infiltración de terroristas, facilita y refuerza también el que se ejerce sobre éstos, especialmente sobre los extraños (extranjeros). Debe señalarse, asimismo, que como la identificación de un nuevo enemigo siempre refleja una lucha de poder entre agencias, la que resulta hegemónica termina imponiendo su propio discurso de emergencia y desplazando a los anteriores, en una pugna en que se juegan presupuestos siderales, pero, por efecto de la globalización, la decisión en esas luchas de agencias dentro de los Estados Unidos acaba teniendo consecuencias planetarias.

Fuera de América, Europa enfrenta una situación singular. Los países que durante la guerra fría formaban la Europa occidental, alcanzaron un alto nivel de vida y lograron una integración importante. La caída del muro provocó un cambio notable, pues dejó en libertad a una población muy grande en países notoriamente atrasados en su desarrollo y vecinos a los de alto nivel de vida. Además, desde África -que se halla en situación desesperante- es bastante fácil pasar a Europa, con lo que se facilita la migración. La población tiene nuevos candidatos a enemigos, que son los inmigrantes que compiten por los mismos espacios de vivienda, de servicios sanitarios, de transporte, de asistencia social y educativos que usan las capas inferiores de la población establecida.

Además, la relativa estabilidad cultural y étnica europea la hace más sensible ante las diferencias de este orden, o sea, que es más sencillo señalar a los extraños, que se distinguen por su idioma, su indumentaria y su color de piel, todo lo cual tiene un inevitable reflejo político y legislativo. Cabe agregar que una buena parte son islámicos o al menos musulmanes, lo que permite fácilmente endilgarles el estereotipo del terrorista. Todo ello facilita el renacimiento y fortalecimiento de prejuicios y racismos. Se ha señalado el avance de leyes que permiten la expulsión como manifestación de derecho penal del enemigo en varios países europeos.

Los latinoamericanos no podemos extrañarnos de estos desarrollos europeos, teniendo en cuenta que todos los movimientos de derecha radical de nuestro continente pretendieron configurar una identidad nacional falsa apoyada en la imputación de todos los males a los inmigrantes considerados hostis alienigenas, que muchos de ellos asumieron los discursos de Barrés y Maurras, que se sancionaron leyes de expulsión de extranjeros sin intervención judicial hace un siglo y que para algunos entusiastas de la seguridad nacional de los años setenta el estigma se extendía a los hijos y nietos de inmigrantes, imputándoles que favorecían el terrorismo y votaban equivocadamente en razón de su escaso patriotismo.

En cualquier lugar y en todos los tiempos, desde Roma hasta la actualidad, el inmigrante es un buen candidato a enemigo, lo que es altamente riesgoso en una época de revolución comunicacional, que facilita y promueve los desplazamientos como nunca antes, en un planeta donde la expectativas de vida entre los países difieren en forma alarmante y la necesidad de sobrevivir deviene motor de las migraciones masivas, al tiempo que la globalización promovió la libre circulación de capitales y mercaderías, pero no la de humanos. De este modo, los capitales pueden producir donde los costos

salariales sean menores, y los trabajadores quedan presos en los territorios de sus países, sin posibilidad alguna de ofrecer su trabajo donde haya demanda y los salarios sean más altos. Lo cierto es que –planetariamente- la rápida sucesión de enemigos aumenta la angustia y reclama nuevos enemigos para calmarla, pues al no conseguir un chivo expiatorio adecuado ni poder reducir la anomia producida por la globalización, que cambia todos los significados y las reglas del juego, la angustia se potencia en forma circular. La vorágine de enemigos no da tiempo para la construcción de una identidad perversa como frente contra un enemigo.

Este nuevo autoritarismo, que nada tiene que ver con el viejo o de entreguerras, se propaga desde un aparato publicitario que se mueve sólo, que ha cobrado autonomía y se ha vuelto autista, que impone una propaganda puramente emocional que prohíbe denunciar, y que, además –y fundamentalmente- sólo cabe caracterizarlo con la expresión que los mismos medios difunden y que señala entre los más jóvenes lo superficial, lo que está de moda y se usa distraídamente: es cool . Lo es porque no se lo asume como una convicción profunda, sino como una moda, a la que es necesario plegarse, sólo para no ser considerado o estigmatizado como anticuado o desubicado y para no perder espacio publicitario.

7. El autoritarismo cool en América Latina.-

La característica más saliente del poder punitivo latinoamericano actual en su aspecto prisionizante, es que la gran mayoría –aproximadamente tres cuartas partes- de los presos se hallan sometidos a medidas de contención, porque son procesados no condenados. Desde el punto de vista formal esto constituye una inversión del sistema penal, pero desde la realidad percibida y descrita por la criminología, se trata de un poder punitivo que desde hace muchas décadas ha preferido operar mediante la prisión preventiva o medida de contención provisoria convertida en definitiva con la práctica. Dicho más claramente: casi todo el poder punitivo latinoamericano se ejerce en forma de medidas o sea, que todo se ha convertido en privación de libertad sin sentencia firme y por presunción de peligrosidad.

La medida cautelar es pena cautelar, o sea que, por precaución, el poder punitivo se ejerce condenando materialmente a todos los sindicados a una medida y revisando con gran parsimonia esas condenaciones, tomándose años para ello, a efectos de verificar si corresponde una pena formal. La excarcelación o cese de la prisión preventiva o provisional importa una absolucón, pues surte casi todos sus efectos.

En los casos de delitos graves, a la prisión preventiva siguen reclusiones perpetuas o penas absurdamente prolongadas, que en muchos casos superan la posibilidad de vida de las personas; los molestos siguen siendo eliminados con medidas administrativas, penas desproporcionadas (para reincidentes) e internación en cárceles donde se reconocen altísimos índices de violencia y mortalidad hétero y autoagresiva y morbilidad, o sea, con alta probabilidad de eliminación física, sin que hayan desaparecido las ejecuciones policiales y parapoliciales sin proceso, aunque por lo general no configuran un sistema penal subterráneo, debido a que no son sistemáticas, pese a que en ocasiones su frecuencia hace sospechar la peligrosa reaparición del desdoblamiento de seguridad nacional de los años setenta del siglo pasado.

De cualquier forma, cabe observar que los molestos no sufren pena formal, pues por lo general agotan ésta en la prisión cautelar.

Los disidentes son tolerados en mayor medida, aunque aumenta la represión a la protesta social de los excluidos del sistema productivo, mediante la aplicación extensiva de tipos penales y la interpretación restringida de causas de justificación o de exculpación. Los iguales, por último, cada vez más reducidos en función de la polarización de riqueza y hundimiento de las viejas capas

medias, en los pocos casos en que son criminalizados suelen gozar de los beneficios y garantías de los manuales.

En síntesis, puede afirmarse que el poder punitivo en América Latina se ejerce mediante medidas de contención para sospechosos peligrosos, o sea, que se trata en la práctica de un derecho penal de peligrosidad presunta que en base a ella impone penas sin sentencia condenatoria formal a la mayor parte de la población prisionizada.

Dicho en términos más claros: aproximadamente tres cuartas partes de los presos latinoamericanos están sometidos a medidas de contención por sospechosos (prisión o detención preventiva). De ellos casi un tercio serán absueltos. Esto significa que en una cuarta parte de los casos, los infractores son condenados formalmente y se les hace cumplir sólo un resto de pena; en la mitad del total de casos, se verifica que el sujeto es infractor pero se considera que tiene cumplida la pena que se ha ejecutado con el tiempo de la prisión preventiva o medida de mera contención; en la cuarta parte restante de casos, no se puede verificar la infracción y, por ende, al sujeto se le libera sin imponerle ninguna pena formal. Cabe precisar que existe una notoria resistencia de los tribunales a absolver a personas que han permanecido en prisión preventiva, de modo que en la cuarta parte de los casos en que esto sucede, es palmaria e incontrastable la arbitrariedad, pues se decide la absolución apenas cuando no existió para el tribunal posibilidad alguna de condena.

Como la comunicación masiva es lo que mayor grado de globalización ha alcanzado, el discurso del actual autoritarismo norteamericano es el más difundido del mundo. Su simplismo populachero (*völkisch*) se imita en todo el planeta por comunicadores ávidos de rating, aunque en América Latina tiene mayor éxito, dada su precariedad institucional. Favorecen su difusión mundial la brevedad y el impacto emocional del discurso vindicativo, que resultan a la medida de la televisión, dado su alto costo y la escasa disposición a todo esfuerzo pensante por parte de los usuarios. En las sociedades más desfavorecidas por la globalización, como las latinoamericanas, el principal problema lo constituye la exclusión social, que no suele ser controlada por represión directa, sino que se la neutraliza profundizando las contradicciones internas. El mensaje vindicativo es funcional para reproducir conflictos entre excluidos, pues los criminalizados, los victimizados y los policizados se reclutan de ese segmento, habiendo una relación inversa entre la violencia de los conflictos entre ellos y su capacidad de coalición y protagonismo.

En estas mismas sociedades, la polarización de riqueza que provocó la economía globalizada deterioró gravemente a las clases medias, volviéndolas anómicas. Por eso reclaman normas, pero no saben qué normas. Son anómicos patéticos, que claman por normas y en su desconcierto acaban encolumnándose detrás del discurso autoritario simplista y populachero del modelo norteamericano, que viene con el prestigio de una sociedad que envidian y admiran, y que será el que permitirá un mayor control sobre estas mismas clases medias, especialmente porque son las naturales proveedoras de futuros disidentes.

En general, aunque se trata de una hipótesis que sería menester investigar, pareciera que a medida que la riqueza se polariza, avanza la anomia en el sentido originario de Durkheim y el discurso populachero grosero y primitivo tiene mayor aceptación porque parece compensar la seguridad perdida a causa de la globalización: la sociedad pierde cohesión y está ávida de un discurso que se la devuelva, por primitivo, vindicativo y *völkisch* o populachero que sea; se cohesionan detrás de un discurso simplista que clama por la venganza lisa y llana .

Dado que el mensaje es fácilmente propagado, que se facilita desde el exterior, que es rentable para los empresarios de la comunicación social, que es funcional para el control de los excluidos, que tiene éxito entre ellos mismos y que satisface a las clases medias en decadencia, no es raro que los políticos se apoderen de él y hasta se lo disputen. Como el político que pretenda confrontar con este

discurso será descalificado y marginado de su propio partido, si no lo asume por cálculo electoralista lo hará por temor y, de este modo, por oportunismo o por miedo, se impone el discurso único del nuevo autoritarismo.

La pobreza de medios para la instrucción de los procesos, lleva a que las policías dependientes del poder ejecutivo sean las verdaderas autoridades de instrucción o sumario. El deterioro policial y la corrupción fomentada por los políticos que habilitan crecientes espacios de recaudación ilícita degradan la eficacia del servicio de seguridad, lo cual, en un marco social en que el desempleo y la anomia que genera la exclusión aumentan la frecuencia de los errores de conducta violentos, resulta una verdadera combinación letal: se degradan la prevención primaria y también la secundaria.

El discurso del autoritarismo norteamericano es común con el que se instala en el resto de América, pero su funcionalidad es tan diferente como la realidad del poder represivo. En tanto que los Estados Unidos hacen de éste una empresa que ocupa a millones de personas, o sea que desplazan recursos de la asistencia social al sistema penal y contribuyen a resolver un problema de desempleo, en América Latina el sistema penal, lejos de proporcionar empleos, sirve para controlar a los excluidos del empleo, se vuelve brutalmente violento y las policías autonomizadas y en disolución ponen sitio a los poderes políticos.

El discurso cool se inserta en esta región en sistemas penales invertidos, con cárceles superpobladas de presos sin condena, donde el aumento de escalas penales no importa mayores penas sino más prisioneros preventivos (porque impide la excarcelación) y el derecho de ejecución penal es en gran medida una utopía, incluso formalmente aplicable a una minoría casi insignificante de presos. Además, América Latina se está quedando sin policías, con lo que se destruye un elemental soporte estatal de la sociedad civil. La autonomización, la prohibición de sindicalización, la militarización y los mayores ámbitos de arbitrariedad, no hacen más que destruir las instituciones policiales por vía de la corrupción y la anomia de sus integrantes.

Se forman cajas de recaudación ilícita que se pierden en las cúpulas de estructuras verticalizadas y cuya eficacia preventiva opera en relación inversa a su inescrupulosidad. Los peores costos los pagan con su integridad física los estamentos inferiores, con salarios degradados, autoritarismo interno, riesgos altísimos, anomia profesional, carencia de información, desprestigio público, aislamiento social y sin espacio para debatir horizontalmente sus condiciones laborales.

En este contexto, el discurso autoritario cool latinoamericano participa del simplismo del norteamericano y, al igual que aquél, carece de todo respaldo académico y se enorgullece de ello, pues esta publicidad populachera denigra constantemente la opinión técnica jurídica y criminológica, obligando a los operadores políticos a asumir idéntico desprecio.

Tampoco es posible dotarla de cualquier discurso coherente, pues sólo se compone de slogans o propaganda. La irracionalidad es de tal magnitud que su legitimación no puede provenir ni siquiera de groserías míticas –como Rosenberg en el nazismo–, sino que se reduce a puro mensaje publicitario con predominio de imágenes. Su técnica responde a una investigación de mercado, que vende el poder punitivo como una mercancía. En la medida en que se verifica que la promoción emocional de impulsos vindicativos tiene éxito comercial, se la perfecciona. Los servicios de noticias y los formadores de opinión son los encargados de su difusión. Los especialistas que se muestran no disponen de datos empíricos serios, son opinadores libres que reiteran el discurso único.

Con frecuencia se instrumentan víctimas o deudos, aprovechando por lo general la necesidad de desplazar culpas y elaborar el duelo, para que encabecen campañas de ley y orden, en las que la venganza es el principal objetivo. Las víctimas así manipuladas pasan a opinar como técnicos y

como legisladores y convocan a su alrededor a los personajes más siniestros y oscuros del autoritarismo penal völkisch, ante los que se rinden los políticos amedrentados, brindando un espectáculo bochornoso para la democracia y la dignidad de la representación popular. Las cúpulas policiales deterioradas, por su parte, en ocasiones manipulan los delitos, permitiendo o facilitando su comisión para generar la reacción de los medios masivos y protestas públicas contra las autoridades políticas, desprestigiar cualquier medida que restablezca garantías para la población o promover mayor represivización y obtener mayores ámbitos de arbitrariedad. En otras oportunidades inventan delitos inexistentes para mostrar eficacia o lograr mejores estadísticas, imputando a personas inocentes.

Por todos estos medios poco éticos o directamente criminales, se vende la ilusión de que se obtendrá mayor seguridad urbana contra el delito común sancionando leyes que repriman fuera de cualquier medida a los pocos vulnerables y marginados que se individualizan (a menudo son débiles mentales) y aumentando la arbitrariedad policial, legitimando directa o indirectamente todo género de violencias incluso contra quienes objetan el discurso publicitario.

Con ello no sólo se magnifica la inseguridad sino que, al proclamar la existencia de una pretendida impunidad o lenidad generalizada, se lanza un metamensaje que incita públicamente a los excluidos al delito (delincan que no pasa nada), asumiendo el efecto de una profecía autorrealizada; el mensaje, lejos de ser indiferente a la criminalidad común, en tiempos de desempleo, exclusión social y carencia de proyectos existenciales, pasa a tener claros efectos reproductores. En último análisis, se trata del envío de mensajes que se toman como verdaderos sólo porque tienen éxito publicitario. Se refuerza como prejuicio la convicción de que un mundo que se desordena se puede ordenar con disciplina impuesta con represión indiscriminada y, al mismo tiempo, la idea de que el delito es empresa fácil e impune.

Lo cierto es que en este autoritarismo cool no se sabe quién es el enemigo, pues éstos se suceden sin sumarse; en lugar de definirlos fotográficamente se proyectan cinematográficamente, como constructos en serie de los medios de comunicación, en especial de la televisión. El estado no los define, sino que sus autoridades se hallan sitiadas por las sucesivas imposiciones de los medios, cuya velocidad reproductiva es tan vertiginosa que impide los baches que dieron espacio a los discursos críticos. No siempre hay otra corporación que pretenda construir enemigos diferentes y que para ello deba desarmar los mitos anteriores, sino que suele ser la misma corporación productora de enemigos la que los descarta y los reemplaza. Los anteriores ciclos se precipitan, pasando de corriente alterna a corriente continua.

Como el estado desapoderado de los países que llevan la peor parte en la globalización no puede resolver los problemas sociales serios, sus políticos optan por simular que los resuelven o que saben cómo hacerlo, se vuelven maneristas, afectados, la política pasa a ser un espectáculo y el estado mismo se convierte en un espectáculo. Los políticos –presos en la esencia competitiva de su actividad- dejan de buscar lo mejor para preocuparse sólo por lo que pueda transmitirse mejor y aumentar su clientela electoral.

Este autoritarismo publicitario cool presenta una frontalidad grosera, pero como carece de enemigo fijo y también de mito, es desteñido, no tiene el colorido de entreguerras ni la inventiva del biologismo racista, su histrionismo es más bien patético, su pobreza creativa es formidable, es huérfano de toda brillantez perversa, más bien tiene una horrible y deprimente opacidad perversa. No hay monumentos neoclásicos, científicos racionalizando, paradas ostentosas, sino que es pobre, funciona porque es poco inteligente, es elemental, no piensa y promociona una huelga del pensamiento o un pensamiento nulo, porque al menor soplo de pensamiento se implosionaría. El ejercicio del poder punitivo se ha vuelto tan irracional que no tolera siquiera un discurso académico rastrero, o sea, que no tiene discurso, pues se reduce a mera publicidad.

En su conjunto, este discurso autoritario cool de la comunicación publicitaria vindicativa, altamente populachero o völkisch -que opera con total autonomía de la realidad y de su conflictividad más seria, que se ocupa de algunas venganzas y deja de lado la prevención y otros ilícitos masivos, que ignora a las víctimas reales, que manipula y dramatiza sólo con las víctimas que le proporcionan rating-, como no tiene mito tampoco tiene dirección fija. Es una guerra sin enemigo fijo; el único enemigo que invariablemente reconoce es el que no puede dejar de tener ningún autoritarismo: quien confronta su discurso. De allí su permanente desprecio por la opinión técnica, respecto de la cual corren con la ventaja de que siempre ha sido dirigida a un círculo limitado y no ha aprendido la técnica de la comunicación masiva. Por lo general, cuando un técnico responsable trata de comunicarse por los medios masivos, suele hacerlo en forma muy poco clara para audiencias amplias.

Por todo ello, pocos se animan a contradecir la publicidad cool del discurso único y, por ende, su autoritarismo es de enorme magnitud. No se trata del estado autoritario que controla y censura los medios de comunicación, sino que la comunicación, convertida en publicidad en procura de rating, se ha vuelto autista e impone un discurso que está prohibido contradecir, incluso al propio estado, porque el único enemigo fijo que tiene es quien desprestigia la represión, que es su producto. Como toda publicidad, no reconoce otro enemigo que quien niega las bondades del producto que promociona.

Se le impone a los estados porque exige la alineación de los políticos que deben optar entre sumarse a la publicidad de la represión y estar a la moda (volverse cool) o ser desplazados por los competidores internos de sus propios partidos, que aprovecharían el flanco débil si se mostrasen anticuados e impopulares, o sea, no cool.

En esta coyuntura los políticos optan por montarse sobre el aparato autista y sancionar leyes penales y procesales autoritarias y violatorias de principios y garantías constitucionales, prever penas desproporcionadas o que no pueden cumplirse porque exceden la vida humana, reiterar tipificaciones y agravantes en marañas antojadizas, sancionar actos preparatorios, desarticular los códigos penales, sancionar leyes penales inexplicables por presiones extranjerías, ceder a las burocracias internacionales que buscan mostrar eficacia, introducir instituciones inquisitorias, regular la prisión preventiva como pena y, en definitiva, desconcertar a los tribunales mediante la moderna legislación penal cool, sin contar con otros muchos folklorismos penales, como pretender penar por encubrimiento a los familiares de víctimas de secuestro que no denuncien o que paguen el rescate exigido.

Esta legislación constituye el capítulo más triste de la actualidad latinoamericana y el más deplorable de toda la historia de la legislación penal en la región, en que políticos intimidados por la amenaza de una publicidad negativa provocan el mayor caos legal autoritario -incomprensible e irracional- que haya tenido lugar en la historia de nuestras legislaciones penales desde la independencia.

Este período será señalado como el más degradado de la historia penal; su decadencia ni siquiera puede compararse con las legislaciones autoritarias de entreguerras, que sancionaban leyes frontalistas para propaganda y complacencia de sus autócratas y, ni siquiera, con los momentos de legislación represiva de las frecuentes dictaduras de nuestro pasado, porque los legisladores actuales lo hacen sólo por temor a la publicidad contraria o por oportunismo, o sea, que su conducta no está orientada por un autoritarismo ideológico como el fascista, el nazista o el stalinista, ni tampoco por el autoritarismo coyuntural de las dictaduras militares, sino que es simplemente cool, lo cual resulta más decadente desde la perspectiva institucional. El presente desastre autoritario no responde a ninguna ideología, porque no lo rige ninguna idea, sino que es justamente todo lo contrario: es el vacío del pensamiento.

Cuando los legisladores latinoamericanos establecen penas de sesenta o más años en sus leyes, son más patéticos que los socialdemócratas de Weimar que borraban a los candidatos judíos de sus listas por temor a perder votos, de lo que, como es natural, luego se arrepintieron los sobrevivientes que lograron alcanzar el exilio.

El signo de la legislación autoritaria cool de nuestros días es la opacidad, la tristeza, la depresión, la mediocridad, la falta de creatividad, la superficialidad, la irrespetuosidad al ciudadano: es simplemente la decadencia. No existe en ella la frontalidad de la perversión brillante del autoritarismo ideológico, sino la opacidad frontal de la ausencia de ideas; es absolutamente cool.

Los jueces, por su parte, también se hallan sometidos a la presión del discurso único publicitario de los medios masivos. Toda sentencia que confronte con el discurso único corre el riesgo de ser estigmatizada y el magistrado, según las circunstancias, puede hallarse en serias dificultades e incluso resultar destituido, procesado o condenado, como ha sucedido en varios países de la región. Poco importa lo que dispongan las constituciones y el derecho internacional de los derechos humanos, si los jueces no pueden aplicar sus disposiciones, so pena de ser denunciados y perseguidos por la presión de los medios de comunicación, por los cuerpos colegiados de las propias estructuras judiciales, por los políticos que aprovechan para eliminar a los magistrados molestos, para hacer publicidad o, simplemente, por sus propios colegas para desprestigiar a un posible competidor en un ascenso o en rencillas palaciegas.

La vulnerabilidad de los jueces ante el discurso cool es muy considerable y, no obstante algunas desviaciones y excesos lamentables, los jueces constituyen el principal frente de resistencia ante el avance del autoritarismo cool, no sólo en América Latina, como lo muestran las citadas sentencias de la Corte Suprema estadounidense y de la Cámara de los Loes británica.

8. Balance del ejercicio real del poder punitivo en la historia y en el presente.-

Con lo que acabamos de reseñar es posible verificar que siempre se reprimió y controló de modo diferente a los iguales y a los extraños, a los amigos y a los enemigos. La discriminación en el ejercicio del poder punitivo es una constante derivada de su selectividad estructural.

De cualquier manera, el vuelo sobre la historia del ejercicio real de este poder verticalizador permite comprobar que ha habido y hay grados de selectividad punitiva y que todo parece indicar que cuanto más abierta, igualitaria y tolerante es una sociedad, las diferencias de trato represivo entre iguales y extraños o enemigos se atenúan, como sucede en los países de la Unión Europea, por efecto de la extensión del ámbito de los iguales, aunque con graves riesgos de reinstalación, debido a las migraciones de Europa del este y de África y, en menor medida, de América.

Además, la historia demuestra que los marbetes han recaído sobre estereotipos muy diferentes, algunos inimaginables hoy, según la emergencia invocada, los prejuicios explotados por el discurso völkisch de cada momento, las corporaciones que asumieron la hegemonía discursiva y muchos imponderables, dando lugar a una desconcertante heterogeneidad que es prueba de que la calidad de extraño o enemigo se repartió con notoria arbitrariedad a lo largo de los siglos que lleva el poder punitivo desde su reaparición europea y planetaria, o sea, al antojo de los que detentaron el poder.

En América Latina se opera con una generalizada medida de seguridad por peligrosidad presunta (bajo la forma de prisión preventiva pervertida) y solo excepcionalmente con penas, con lo cual toda propuesta de destinar penas o medidas de mera contención para los enemigos pierde bastante de su sentido, dado que éstas se emplean desde el comienzo mismo del proceso de criminalización secundaria e indiscriminadamente. Cabe entender que en América Latina casi todos los

prisionizados son tratados como enemigos en el ejercicio real del poder punitivo. Como resultado del autoritarismo cool contemporáneo, producto de la difusión mediática del sistema penal de los Estados Unidos, América Latina impone un trato penal diferenciado a sus clases subalternas, de las que extrae a los criminalizados, a los policizados y a los victimizados, que se neutralizan políticamente en sus contradicciones internas exacerbadas por el discurso vindicativo de los medios masivos de comunicación social.

Dicho en otros términos: la historia del ejercicio real del poder punitivo demuestra que quienes ejercieron el poder fueron los que siempre individualizaron al enemigo, haciéndolo como mejor convino o fue funcional –o creyeron que lo era- a sus intereses en cada caso, y aplicaron esa etiqueta a quienes lo enfrentaban o molestaban, real, imaginaria o potencialmente. El uso que han hecho de este tratamiento diferenciado dependió siempre de las circunstancias políticas y económicas concretas, siendo algunas veces moderado y otras absolutamente brutal, pero los ejes troncales que se desprenden de la primitiva concepción romana del hostis son perfectamente reconocibles a lo largo de toda la historia real del ejercicio del poder punitivo en el mundo. Hasta hoy subsisten las versiones del hostis alienigena y del hostis iudicatus.