



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

VIOLENCIA ÚTIL
SOBRE LA FUNCIÓN SOCIAL DEL CASTIGO EN LA JUSTIFICACIÓN
DEL DERECHO PENAL

ANDRÉS PARDO VERGARA

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA:
LUIS ORTIZ QUIROGA

SANTIAGO DE CHILE
MAYO 2014

*A Isabel y Vicente, mis padres.
Por su apoyo y cariñosa paciencia.*

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	
La pena y la pregunta por el fundamento del derecho penal	2
§ I. MARCO TEÓRICO	11
1. Conceptos básicos: función, estructura, institución	11
1.1. Introducción	11
1.2. Función y estructura	24
1.3. Función social y estructura social	35
1.4. Institución	60
1.4.1. Institución social	62
1.4.2. Institucionalización social	83
§ II. FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL	104
1. Función social del derecho penal como extensión de la función del derecho en general	104
1.1. Introducción. Derecho y violencia	104
1.1.1. El derecho a la violencia	111
1.1.2. La violencia del derecho	114
1.2. Función instituyente del derecho: violencia fundadora del orden social	126
1.2.1. Institucionalización y cohesión: integración	144

1.2.2.	Integración social, derecho penal y norma penal	165
1.3.	Función del derecho instituido: violencia conservadora del orden social	192
1.3.1.	Institución y coacción: control social	208
1.3.2.	Control social, derecho penal y pena	213
§ III. FUNCIÓN DE LA PENA		220
1.	Introducción. Sobre la justificación funcional de la pena: violencia útil	220
1.1.	Desdoblamiento analítico de la práctica punitiva como objeto de estudio: facticidad y validez	228
1.1.1.	Dimensión material: repetición desplazada de la violencia	228
1.1.2.	Dimensión simbólica: transmutación funcionalmente mediada en no-violencia (pena)	237
2.	Teorías de la (función de la) pena	262
2.1.	Advertencias metodológicas	262
2.2.	Función expresiva	268
2.2.1.	Expresión de sentimiento: venganza	272
2.2.2.	Expresión de sentido: reprobación	284
2.3.	Función expiatoria	291
2.4.	Función retributiva	304
2.5.	Función inhibitoria	348
2.5.1.	Inhibición comunicativa: disuasión	352
2.5.2.	Inhibición fáctica: inocuización	371
2.6.	Función pedagógica	386
2.6.1.	Pedagogía (inmediatamente) social: socialización	388

2.6.2.	Pedagogía (inmediatamente) individual: resocialización	407
	(a) Pedagogía y subjetivación: terapia normalizadora	411
	(b) Pedagogía y subjetivación: penitencia expiatoria	423
2.7.	Función de estabilización normativa	440
3.	Dicotomías que estructuran la discusión sobre la función de la pena y su posible desarticulación	458
3.1.	Naturaleza del juicio que la justifica: absoluto o relativo	464
3.2.	Dimensión temporal: retrospección o prospección	470
3.3.	Modo de operar: negación o afirmación	477
3.4.	Objeto sobre el que recaen sus efectos: general o especial	482
CONCLUSIÓN		
	Esbozo de una posible justificación funcional de la violencia penal	487
(a)	Función inmediata de la pena como dispositivo de control social	490
	(i) Negación simbólica de la validez del acto particular incompatible con la norma general	490
	(ii) Afirmación simbólica de la validez de la norma general	497
	(iii) Reforzamiento de la fuerza prescriptivo-coactiva de la norma y maximización de su eficacia fáctica	498
(b)	Función mediata de la pena como dispositivo de integración social	500
	(i) Conservación del orden instituido: (re)afirmación simbólica de su identidad normativa y modelación integradora de la interacción social	500
	Referencias bibliográficas	503

La guillotina es la concreción de la ley...

V. Hugo (1862)

INTRODUCCIÓN

La pena y la pregunta por el fundamento del derecho penal

La actual configuración del derecho penal en Occidente expresa una determinada opción político criminal: aquella que avala y demanda su expansión y la progresiva intensificación de sus herramientas punitivas en función de objetivos netamente pragmáticos: efectividad inmediata en el control del delito, salvaguarda fáctica y “a cualquier precio” de la “seguridad ciudadana”.

Desde nuestro punto de vista las decisiones en materia de “política criminal” deben entenderse como tales, es decir, como decisiones literalmente políticas. Que sean decisiones políticas supone que el lugar en que deben resolverse no es la academia sino las esferas políticamente autorizadas para definir el modo de regular la convivencia colectiva: en una democracia ha de ser la propia ciudadanía sobre la cual el derecho penal operará (coactivamente) la que mediante un aparato representativo adecuadamente organizado decida sobre el tipo de política criminal que desea rijar su comunidad y, por consiguiente, la que fije las fronteras dentro de las cuales la (violenta) intervención del Estado se juzga legítima.

Si, como creemos, en materia política no existen puntos de vista privilegiados basados en una presunta superioridad epistémica, la dogmática penal debiera adoptar una actitud de respeto en el sentido de asumir su igualdad de condiciones respecto al común de los ciudadanos en lo referente a decisiones de esta naturaleza. No obstante, ello en ningún caso le exige abstenerse de emitir un juicio crítico, y menos aún lo exime de analizar el contenido del modelo político criminal actualmente vigente por el hecho

de que, por hipótesis, se encuentre democráticamente avalado. Si el teórico del derecho penal no se encuentra legitimado para decidir autoritativamente sobre el correcto modo de definir la política criminal de una sociedad, si lo está para poner su conocimiento al servicio de quienes están facultados y obligados a hacerlo. Si a sus ojos el fenómeno expansivo se muestra desmesurado y marcado por inequívocos signos de ilegitimidad, su posición en la “división social del trabajo” le permite –y en cierta forma lo obliga a– exponer los motivos que sustentan racionalmente su crítica.

La denominada posición “garantista” sigue esa dirección. Empero, a nuestro juicio ésta sólo tornará operativa su declarada pretensión restrictiva en la medida en que, extrayendo el núcleo de legitimidad del discurso liberal-ilustrado al que se remonta, sea capaz de reformularlo en coherencia con las características del actual escenario histórico y concretarlo institucionalmente en instrumentos que en el presente contexto resulten pertinentes y prácticamente efectivos. Sin embargo, consideramos factible ir más allá.

Si bien podemos compartir el *telos* garantista, nos parece que para enfrentar el actual estado de cosas en que la ampliación del aparato penal constituye un hecho sólidamente asentado y en que su fuerza expansiva parece lejos de agotarse, no basta con abogar por el establecimiento de “límites” a la práctica punitiva. La deriva expansiva no podrá controlarse y (re)encauzarse si su crítica se mantiene operando desde el exterior sobre su superficie, aunque sea con el propósito de establecer fronteras que lo detengan o racionalicen.

Parte relevante del rol social que desde su posición puede desempeñar el teórico del derecho es poner a la vista un hecho que en ocasiones parece olvidado: la naturaleza convencional del derecho penal –en tanto derecho– permite –y en un contexto democrático demanda– no sólo que sus manifestaciones externas –como las particularizaciones a nivel institucional del actual fenómeno expansivo– sean problematizadas, sino también que su propio *fundamento* –del que sus manifestaciones externas son prolongación– sea

revisado y eventualmente cuestionado por la comunidad que convencionalmente lo instituye.

Desde nuestra perspectiva el problema no se reduce a formular un diagnóstico que constata que el derecho penal exhibe un movimiento de expansión; adoptar una posición crítica; y preguntarse luego por los mecanismos paliativos idóneos para restringir al menos sus expresiones más irracionales. La pregunta no tiene porqué restringirse a la dimensión práctica, al “¿qué hacemos para limitar el derecho penal?”. Esto no porque sea una pregunta incorrecta o impertinente. Antes bien, la pregunta, siendo correcta, es insuficiente. Su respuesta presupone una cuestión previa que excede lo práctico para ingresar hacia el fundamento teórico de la práctica. Pero, en tanto la pregunta por el fundamento no se formule, éste se da por supuesto, no se problematiza, y al no problematizarse priva a la respuesta práctica del mismo sustento que podría tornarla viable. Ahora, si el diagnóstico de hecho es crítico, es porque la realidad imperante diverge del fundamento que al menos tácitamente creemos corresponde al derecho penal. Este fundamento, la pregunta por la justificación de la práctica punitiva, puede y debe abordarse directamente.

De esta suerte, si juzgamos que en su actual configuración histórica el derecho penal se ha “desviado” de su rol, estamos implícitamente respondiendo a dos tipos de preguntas:

Primero: ¿Cuál es la función social del derecho penal? ¿De qué modo el rol que cumple en la sociedad justifica su existencia? ¿Cómo se justifica el recurso a la violencia que su existencia supone? ¿Cómo, definida esa función, podemos justificar nuestra crítica hacia la función que de hecho hoy desempeña?

Segundo: ¿Por qué es legítima la existencia de una institución como el derecho penal? ¿De qué modo el rol social que cumple puede justificarse como una operación válida y no interpretarse como un ejercicio ilegítimo de violencia fácticamente monopo-

lizada por el Estado? ¿Por qué el actual escenario no participa de la legitimidad que podría justificarlo y se torna, por ese motivo, objeto de nuestra crítica?

* * *

Se sigue que el problema puede abordarse desde dos perspectivas complementarias. Por un lado, cabe analizar la validez o legitimidad de la potestad punitiva. Por otro, puede revisarse la justificación que esa práctica obtiene a partir de la función social que ejerce. Ambas dimensiones son imprescindibles para formular una fundamentación del derecho penal.

Si bien el actual contexto socio-histórico nos llama a posar la atención sobre los problemas de legitimidad, desde nuestro punto de vista la pregunta por su validez substantiva (ético-política) siendo irrenunciable es necesariamente posterior. Para evaluar su justificación normativa lo primero es comprender a cabalidad el fenómeno cuya (in)corrección se juzga. El juicio externo que, desde un punto de vista fáctico, describe y comprende el objeto, debe preceder al juicio interno que evalúa su validez. Para afirmarse que una específica configuración histórica del derecho penal –la que impera hoy en día, por ejemplo– posee un déficit de legitimidad, el primer paso es ofrecer una caracterización precisa de la práctica cuya operación su juzga inadecuada; debe determinarse la función que cumple en el seno de una sociedad un sistema que recurre a la violencia explícita de la pena, dilucidar la mecánica con que el castigo opera, el rol social que sus efectos fácticos cumplen, la finalidad a la que en última instancia sirven.

La presente investigación se orienta a analizar la justificación que desde un punto de vista fáctico cabe asignar al derecho penal en virtud de la función social que el castigo desempeña.

* * *

El fundamento del derecho penal puede abordarse cognoscitivamente desde el punto de vista externo de un observador que elabora una descripción con pretensiones de objetividad del modo en que opera. Ahora bien, para determinar la función que en el plano fáctico ejerce la institución social del castigo, debe empezarse por precisar el concepto de “función social”. La simplicidad con que dicha noción se aborda desde la dogmática penal pasa por alto los esfuerzos teóricos que desde disciplinas paralelas (la sociología y la antropología, por ejemplo) se han destinado para dilucidar su sentido. Una aproximación medianamente rigurosa a nuestro objeto de estudio demanda trascender su empleo intuitivo y explorar el sustrato teórico que lo respalda. La *primera sección* (§I.) esbozará el *Marco teórico* de nuestra investigación, abordando los conceptos fundamentales para su ulterior desarrollo, básicamente las nociones de función, estructura e institución.

La *segunda sección* (§II.) se abocará a la *Función del derecho penal* entendida como una extensión de la función social del derecho en general. Sostendremos que los rasgos que lo distinguen, en particular el recurso a la violencia de la pena, no justifican la pretensión de aislar al derecho penal de la dinámica con que el derecho en general opera. Para comprender lo anterior debe ofrecerse una caracterización de la función social del derecho que admita incorporar en su interior la operación del castigo y del derecho penal como uno de sus segmentos.

Una fructífera manera de abordar la función del derecho con objeto de inscribir en ella la específica función del derecho penal, consiste en interpretarlo como realidad institucional. A partir de los conceptos desarrollados en el marco teórico, se ofrecerá una visión del derecho como construcción social susceptible de analizarse en dos fases: el

momento instituyente y el de su operación como derecho instituido. La función instituyente del derecho se orienta a instaurar un orden social y a cohesionar a los miembros de una colectividad en torno al núcleo normativo compartido que convencionalmente erigen en forma de derecho. La función del derecho instituido persigue la conservación del orden establecido y, con ese objeto, desarrolla mecanismos (coactivos) idóneos para asegurar en el plano fáctico la observancia de los cánones de interacción social institucionalizados.

Ambas dimensiones pueden lícitamente extrapolarse a la operación fáctica del derecho penal. En el momento instituyente prima una dinámica susceptible de englobarse bajo cierta conceptualización de la función de integración social. La mecánica del derecho penal instituido lo caracteriza como dispositivo de control social de la desviación. Ambas operaciones se encuentran interconectadas y estructuradas en una relación de relativa subordinación siendo la integración la finalidad primaria.

A partir de una caracterización general de la función del derecho penal como estructura institucionalmente construida, puede afirmarse que su finalidad principal, caracterizada bajo la noción de “integración”, consiste en recoger ciertos patrones de conducta representativos del núcleo normativo que define la identidad de la colectividad que protagoniza el proceso instituyente con objeto de consagrarlos y estabilizar su vigencia a través del tiempo. Ahora, para que en términos fácticos el orden instaurado se conserve, debe contar con mecanismos idóneos para salvaguardar las definiciones jurídicas de la conducta debida frente a las pretensiones particulares de desviarse de ellas y adoptar cursos de acción incompatibles con los oficiales.

Desde el punto de vista de su facticidad, por tanto, el derecho penal debe organizarse internamente de manera tal de maximizar la consecución de la función social que lo justifica. Para esto cuenta con determinadas herramientas estratégicamente articuladas con ese fin. En particular, cabe identificar dos instrumentos principales, cada uno de los cuales admite asociarse primariamente a alguna de las operaciones básicas de la institu-

ción penal en su globalidad. Estas herramientas son la norma jurídico-penal y la pena: la primera cumple un rol directamente orientado a la finalidad de integración; la segunda opera como dispositivo inscrito en el mecanismo secundario de control social. Si el rol primario del derecho penal consiste en la integración social, entonces sus instrumentos (norma y pena) deben configurarse como dispositivos funcionales a ese objetivo. En esa línea, las normas jurídico-penales pueden comprenderse como artefactos institucionalmente articulados para determinar conductualmente la interacción de sus destinatarios y, de ese modo, favorecer la integración social que persigue el sistema. Resta el segundo instrumento, la pena, que concentrará en adelante nuestra atención.

La *tercera sección* (§III.) desarrollará la *Función de la pena* como dispositivo inserto en una mecánica de control social que, a través de la violencia en que se materializa, busca que las normas de conducta sean fácticamente observadas y encuentren efectivo correlato a nivel práctico modelando la interacción social.

Para ofrecer una caracterización de la operación de la pena acorde a la función que le asignamos al derecho penal, se hace necesario reformular el modo de aproximación que desde la dogmática jurídico-penal tradicionalmente se adopta respecto a su justificación. Esto al menos en dos aspectos. Por un lado, cabe efectuar un deslinde conceptual entre el problema ético-político de su legitimidad y el fáctico-sociológico relativo a su función. Por otro, la dinámica manifiestamente coactiva que en su dimensión de violencia exhibe la pena como instrumento de control social, debe interpretarse de manera tal de entenderla inscrita en una función general que, sin negar lo anterior, resulte coherente con la finalidad de integración social que en última instancia orienta la actividad de institución penal.

El camino hacia una reconstrucción de la función de la pena exige identificar dos aspectos de cuyo adecuado enlazamiento pende su operatividad. Desde un punto de vista estrictamente externo el castigo aparece como violencia desnuda: acción socialmente

organizada que responde a la violencia del crimen con la violencia adicional de la pena. Si nos limitásemos a esta faceta donde el castigo recibe encarnación en la deliberada imposición de sufrimiento, no podríamos identificar una lógica interna que, en virtud de la función social que protagoniza, dote de sentido a su existencia. Para entender el modo en que se justifica la práctica punitiva debe advertirse la presencia de una segunda dimensión acoplada a la plataforma material de su violenta ejecución. Esta dimensión es de naturaleza simbólica. La efectividad de su función depende de que su configuración institucional ensamble la faceta material que la caracteriza en su exterioridad con una dimensión interna de sentido. Para que su violencia se constituya en la entidad jurídico-institucionalmente definida como “pena” y cumpla el rol que se la asigna, la facticidad de su imposición debe servir de soporte expresivo para trascender ese plano y operar a nivel discursivo-comunicativo vehiculizando un específico mensaje.

El modo en que las tradicionales teorías de la pena han propuesto –en general tácitamente– articular la dimensión material y simbólica del castigo, se ha organizado según un conjunto de categorías dicotómicas que históricamente han delimitado el espacio del debate. En particular, se han clasificado las teorías de la pena según se conciban como (a) absolutas o relativas; (b) retrospectivas o prospectivas; (c) negativas o positivas; y (d) generales o especiales. A nuestro juicio estos dualismos pueden problematizarse. Esto porque, por un lado, generalmente presuponen un nexo necesario entre la función fáctica que asignan al castigo y un determinado sustrato normativo que legitimaría al derecho penal; en circunstancias en que ambas dimensiones pueden dissociarse y advertirse entonces, por ejemplo, que un mecanismo de operación formal del castigo puede servir a más de un fundamento material de la práctica punitiva y viceversa. Por otro lado, en ocasiones plantean que la función que se le adscribe al castigo es la única y exclusiva que desempeña; mientras que la observación de su real desenvolvimiento evidencia que los mecanismos operan de modo coetáneo y entrelazado, como fases o aspectos de una dinámica más compleja no reducible a una función unidireccional. Por último, en

muchos casos el tratamiento del fin de la pena se desarrolla de modo aislado, suponiendo que su justificación agota el problema del fundamento del derecho penal, o sencillamente omitiendo el nexo entre su específico rol y la función general de la institución en que se inserta. En cambio, si se advierte la naturaleza instrumental de la pena, puede afirmarse que su justificación funcional depende netamente de su capacidad de servir a la finalidad de la institución a la que pertenece. En este sentido sostendremos que la tradicional división en pares dicotómicos resulta artificial. Si se revisan con cierta detención podrá constatar que en todos los supuestos las categorías presuntamente antinómicas y mutuamente excluyentes pueden reinterpretarse en términos de una relación entre una función inmediata y una mediata, y de esta suerte reconducirse a una operación unitaria que diluye la oposición original.

Una vez disueltas las divisiones dicotómicas que históricamente han estructurado el debate, se generará el espacio conceptual que nos permitirá desarrollar a modo de *Conclusión* un esbozo de lo que en líneas generales podría ser un modelo de justificación funcional de la pena susceptible de insertarse coherentemente en el marco de la función que hemos asignado a la institución en que se inscribe. Así, podrá afirmarse que en el plano inmediato la pena con la violencia que la caracteriza opera como instrumento coactivo propio de la mecánica de control social de la desviación que prima en la fase de conservación del derecho instituido. Pero, por otra parte, esa operación coactiva debe entenderse situada al interior de una operación de mayor amplitud cuya función mediata es maximizar la integración social. La violencia inmediata que exhibe la pena se encontrará mediatamente justificada por su capacidad de servir a la finalidad general de la institución en que su existencia cobra sentido.

§ I. MARCO TEÓRICO

1. Conceptos básicos: función, estructura, institución

1.1. Introducción

...sólo es definible aquello que no tiene historia.

F. Nietzsche (1887)

El objeto de la presente investigación es la función de la pena. Intuitivamente podemos formularlo en una simple pregunta: ¿por qué se castiga? Como suele ocurrir, la dificultad está en asir una respuesta. Son tantas y tan diversas las funciones que se le han asignado y asignan al castigo que podría concluirse que en sí mismo no posee ninguna. Paradójicamente, la sobreabundancia de sentidos de la pena parece derivar en su sinsentido. Nietzsche ilustra este desconcertante escenario con un catálogo construido al azar de algunas de las finalidades que se le han asociado:

[1] Pena como neutralización de la peligrosidad, como impedimento de un daño ulterior. [2] Pena como pago del daño al damnificado en alguna forma (también en la forma de una compensación afectiva). [3] Pena como aislamiento de una perturbación del equilibrio, para prevenir la propagación de la perturbación. [4] Pena como inspiración de temor respecto a quienes determinan y ejecutan la pena. [5] Pena como especie de compensación por las ventajas disfrutadas hasta aquel momento por el infractor (por ejemplo, utilizándolo como esclavo para las minas). [6] Pena como segregación de un elemento que se halla en trance de degenerar (a veces, de toda una rama, como ocurre en el derecho chino: y, por tanto, como medio para mantener pura una raza o para mantener estable un determinado tipo social). [7] Pena como fiesta, es decir, como violentación y burla de un enemigo finalmente abatido. [8] Pena como medio de hacer memoria, bien a quien sufre la pena –la llamada ‘corrección’, bien a los testigos de la ejecución. [9] Pena como pago de un honorario, estipulado por el poder que protege al infractor contra los excesos de la venganza. [10] Pena como compromiso con el estado natural de la venganza, en la medida en que razas poderosas mantienen todavía ese estado y lo reivindicán como privilegio. [11] Pena como declaración de guerra y medida de guerra contra un enemigo de la paz, de la ley, del orden, de la autoridad, al que, por considerársele peligroso para la comunidad, violador de los pactos que afectan a los presupuestos de la misma, por considerársele un rebelde, traidor y perturbador de la paz, se le combate con los medios que proporciona precisamente la guerra.–”¹

Establecido nuestro objetivo de desentrañar la función del castigo y constatada la cantidad y diversidad de funciones que se le han adscrito –el catálogo podría sin duda ampliarse significativamente–, se nos presentan *prima facie* dos caminos.

(a) El primero propone que cada específica función o finalidad constituye un modelo de pena distinto e independiente de los demás. La diferente función indica que estamos ante una institución distinta. El único factor común sería la denominación “pena”: etiqueta impropriamente empleada para designar y reconducir a una misma categoría un sinnúmero de prácticas cualitativamente heterogéneas.

¹ NIETZSCHE, F. 1887. La genealogía de la moral. Un escrito polémico. Madrid. Alianza (2011). pp. [T.2 §13] 116-7 [Numeración agregada].

(b) El segundo mantiene la unidad del concepto de pena a través de la relativización de la capacidad de las funciones que se le atribuyen de definirlo. Es decir, las disímiles finalidades no implican solución de continuidad ya que tras esta mutabilidad externa cabría hallar una invariabilidad interna. La pena como tal mantiene su identidad constante con independencia de las funciones que contingentemente pueda cumplir; la operación fáctica denota una variable accidental desempeñada por una entidad esencialmente idéntica.

El problema es que si reputásemos satisfactoria alguna de estas alternativas, tendríamos que dar por finalizada nuestra investigación porque ambas, lisa y llanamente, disuelven nuestro objeto de estudio. Veamos por qué.

* * *

La pregunta por la función de la pena se enmarca en una pretensión más general que busca explicarla o comprenderla como fenómeno social. La explicación de un fenómeno dado tradicionalmente discurre en términos causales: se constata la presencia de un hecho *X* (“se castiga”) y se busca identificar en sus causas las condiciones bajo las cuales la existencia de *X* es posible (“¿por qué se castiga?”).

En su formulación clásica el modelo de explicación causal reposa sobre ciertos presupuestos ontológicos. El conocimiento se concibe como conocimiento del ser en sí y la verdad del conocimiento del ser en sí depende de la exclusión en la representación del objeto de todo aquello que el objeto no es². El correlato ontológico de este modelo epistemológico es una imagen en que el ser sólo es en la medida en que excluye el no-ser. La existencia del ente –la realidad objeto del conocimiento– significa la identidad substan-

² Sobre el concepto de “verdad como correspondencia”, véase: SEARLE, J. 1995. La construcción de la realidad social. Barcelona. Paidós (1997). pp. 203 y ss.

cial consigo mismo que se mantiene a través de su continua afirmación y de la correlativa negación de otras posibilidades de ser³. Conocer el objeto consistirá en captar el núcleo invariable de lo que es delimitándolo respecto a todo aquello que no se corresponde con su ser (identidad)⁴. En palabras de Durkheim

Para poder llegar a pensar que era posible investigar lo que [los fenómenos sociales] *son*, era preciso haber comprendido que eran de una manera *definida*, que tenían una manera de ser *constante*, una naturaleza que no depende del arbitrio individual y de la cual derivan relaciones *necesarias*.⁵

Estas ideas, aparentemente muy distantes de nuestro tema, subyacen a las explicaciones tradicionales sobre la materia y nos ayudarán a comprender por qué los modos de aproximación a la función de la pena recién indicados terminan por disolver nuestro objeto de análisis y, por ende, deben desecharse.

* * *

(a) El camino de la fragmentación según el cual la divergente operación del castigo justifica postular la irreductible inconmensurabilidad de las prácticas, se basa en una aproximación en términos de *causalidad mecánica* en que *X* (cada una de las formas que históricamente adopta la “pena”) se entiende como efecto directo de variables externas que determinan exhaustivamente su existencia. Una aproximación que desentrañe las

³ LUHMANN, N. 1970a. Función y causalidad. En: LUHMANN, N. 1970. Ilustración sociológica y otros ensayos. Buenos Aires. Sur (1973). pp. 43-4; LUHMANN, N. 1970b. Método funcional y teoría de sistemas. En: LUHMANN, N. 1970., *op. cit.*, p. 60.

⁴ “Para la teoría especulativa, el objeto no existe si no está acabado y ella misma no existe si no puede acabar su objeto.” (CASTORIADIS, C. 1975. La institución imaginaria de la sociedad. Buenos Aires. Tusquets (2010). p. 143).

⁵ DURKHEIM, É. 1895. Las reglas del método sociológico. Madrid. Akal (2001). p. 31 [Destacado agregado]. Como señala en otro lugar: “Todo lo que es, existe de manera determinada y tiene propiedades características” (DURKHEIM, É. 1898. Representaciones individuales y representaciones sociales. En: DURKHEIM, É. 1951. Sociología y filosofía. Buenos Aires. Kraft. p. 81).

causas explicativas del fenómeno en términos de una estricta determinación histórica sigue en general este camino y puede concluir, por ejemplo, que “*la pena como tal no existe*; existen solamente sistemas punitivos concretos y prácticas determinadas para el tratamiento de los criminales”⁶. La entidad se define exclusivamente como el efecto de una causa; en este caso la explicación ha de buscarse en las causas históricas que determinan su emergencia y naturaleza. La “pena”, el nombre que se le asigna a una práctica social históricamente condicionada, no es más que una construcción artificial anclada al mundo de las ideas y carente, por consiguiente, de substancia: no existe sino en la mente de los juristas. Ahora, que la pena *como tal* no exista, no significa que *no exista*. Existe, pero la substancia que la hace real no está en su concepto sino en el fragmento de realidad histórica que en ese instante –y por causas ajenas al concepto– adopta ese nombre. El “concreto sistema punitivo” históricamente articulado engendra en el plano teórico una específica idea de “pena” *como efecto* mecánicamente determinado por causas extrínsecas que encuentran en ella expresión refleja.⁷

Se sigue que si el fenómeno causado carece de substancia propia no por ello carece de identidad; la continua exclusión de otras posibilidades de ser, la negación de la diferencia y la afirmación de su mismidad, se mantienen plenamente operativas, sólo que no como atributos del concepto “pena” sino del “sistema punitivo concreto”, cuya forma (contingente) las causas históricas determinan en un momento dado como su

⁶ RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O. 1939. Pena y estructura social. Bogotá. Temis (1984). p. 3 [Destacado agregado].

⁷ Para explicar la relación entre el concepto (ideal-ideológico) de pena y las concretas (histórico-materiales) prácticas punitivas, Rusche/Kirchheimer adoptarían una versión del concepto de *ideología* análogo al postulado por Marx en *La ideología alemana*. De acuerdo a Althusser, “[a]llí se concibe la ideología como puro ensueño, es ilusión, es decir, nada. Toda su realidad queda fuera de ella misma.” Se sigue que la “ideología carece de historia y esto no quiere decir que no tenga historia (al contrario: es el pálido reflejo invertido y vacío de la historia real), sino que no tiene historia *propia*.” (ALTHUSSER, L. 1970. Ideología y aparatos ideológicos del Estado. (Notas para una investigación). En: ALTHUSSER, L. 1974. La filosofía como arma de la revolución. México D. F.. Siglo XXI (2010). pp. 129; 130 [Destacado original])

esencia. El conocimiento permanece circunscrito a la ontología substancialista pero el lugar donde se sitúa la “realidad” se desplaza desde el plano ideal al histórico-material⁸.

Por lo tanto, este primer camino admite la –por lo demás, innegable– heterogeneidad de funciones que se asocian a la pena. Pero al despojarse al concepto de un mínimo de contenido propio, la forma que históricamente adopta se explica exclusivamente en virtud de las causas que mecánicamente lo definen desde el exterior. A consecuencia de ello el concepto de pena se disuelve disgregándose en dirección a cada una de sus funciones, las que, de esta suerte, se constituyen a sí mismas en prácticas conceptualmente autónomas que sólo cabría relacionar en la medida en que las causas históricas –la *estructura* de las que depende completamente su existencia y forma– ofrezcan una continuidad que, por derivación, se transmita a la institución (*superestructura*⁹) que sostienen y articulan.

De este modo, no sería lícito hablar de funciones de la pena, porque “la pena” como objeto de referencia unitario sobre el cual cabría formular dicho predicado desaparece. En rigor, la pena desaparece como objeto, pierde su estatus de realidad –su objetividad– rebajándose a la condición de reflejo subjetivo-ideal –o ideológico– de la estructura social en que se encarna la única realidad –dotada de objetividad–: la historia. Cada función corresponde a un diferente sistema punitivo respecto al cual se construye *a posteriori* un modelo teórico que lo explica y justifica a través de un distinto concepto de pena. En este contexto el único modo legítimo de aproximación teórica a la pena sería del tipo esbozado por Nietzsche en el citado párrafo: una enumeración que caracterizara

⁸ “[L]as teorías jurídico-penales no solo han contribuido escasamente a dilucidar la problemática socio-histórica de los métodos punitivos, sino que han ejercido una influencia negativa sobre aquella en tanto han considerado la pena como una entidad eterna e inmutable.”; “Para el propósito de ofrecer un enfoque más fructífero de la sociología de los sistemas punitivos, resulta necesario despojar a las instituciones sociales dedicadas a la ejecución de las penas de sus velos ideológicos y apariencias jurídicas y describirlas en sus relaciones reales.” (RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O., *op. cit.*, pp. 2; 3).

⁹ Cfr. MARX, K. 1859. Prólogo a la Contribución a la crítica de la economía política. En: MARX, K. 2009. Introducción general a la crítica de la economía política/1857. México D. F. Siglo XXI. pp. 66-7. Véase *infra*. §I.1.4.2.

los diversos roles que históricamente se han asociado a la práctica social que en cada momento se designa con ese nombre. Esto permitiría referirnos a dichas funciones, es decir, permitiría un estudio netamente histórico de cada concreto sistema punitivo y de las condiciones socio-económicas que determinan su naturaleza; pero hablar de funciones *de la pena* pierde sentido.

* * *

(b) Desde la otra perspectiva, la idea de que existiría una unidad subyacente tras la pluralidad de formas externas, deriva de un razonamiento donde *X* es explicado también causalmente pero ahora en virtud de sus efectos: los efectos que causa operan a su vez como causa de su existencia porque, en algún sentido, generar esos efectos forma parte de su naturaleza. Si antes *X* era explicado en calidad de efecto mediante la identificación de sus causas, ahora *X* aparece en su dimensión de causa y se explica según los efectos. *X* no existe en tanto entidad causada, sino en virtud de su poder causal: la causa de su existencia es su capacidad causar un efecto *Y*. *Y* aparece entonces como la *finalidad* de *X*, el objetivo hacia el que –por definición o naturaleza– tiende su operación y que, de este modo, explica y justifica su existencia. Se da aquí una forma de *causalidad teleológica*.

Por esta vía el concepto de pena se mantiene intacto, conserva un sentido medular invariable que salvaguarda su esencia interna frente a los vaivenes de la forma externa que contingentemente adopta. Para esto se ofrece una definición que introduce en su estructura la señalada orientación teleológica hacia la causación de determinado resultado, es decir, que le imprime una finalidad.

No obstante, al compararse la función que se estipula como propia –en virtud de su puesta en relación con el objetivo al que por naturaleza o definición tiende– con

ejemplares históricos de articulación fáctica de la pena, surgirán contradicciones: manifestaciones que no se condicen o son derechamente contradictorias con el sentido estipulado como inmanente al concepto. Para mantener la idea de una esencia invariable –o de un núcleo de variabilidad acotado y plenamente determinable– y hacerse cargo de la evidencia histórica que muestra la constantemente renovada y muchas veces radical variación de las funciones que se le asignan, este modelo puede responder por dos vías:

(i) La incongruencia entre la función estipulada y la función constatada puede aceptarse como una divergencia real que, sin embargo, no afecta la definición de su *telos* esencial porque la actividad discordante se halla conceptualmente excluida de su campo de acción y no es, en rigor, discordante¹⁰. La tensión se suprime redefiniendo la función incompatible como una operación extraña al verdadero concepto de pena, ligada a ella única y exclusivamente por el accidente histórico que las llevó a coexistir al interior de un mismo conglomerado de prácticas sociales cuya superposición favorece la confusión terminológica que las engloba bajo una misma categoría y que, en caso de afectar *de facto* la eficacia del papel inmanente a la entidad, debería suprimirse o disociarse en el plano práctico para salvaguardar la consecución del *telos* nuclear.

(ii) De otra parte, la divergencia misma puede negarse, entendiéndose que existe sólo a nivel superficial; es decir, que “en el fondo” *no existe*: se trata de una contradicción aparente. La discordancia se presenta a raíz de una función explícita (visible) de la

¹⁰ Desde el punto de vista de la filosofía analítica, esta estrategia apunta a lo que Hart denomina “barrera definicional” (*definitional stop*). El argumento da por establecido, por ejemplo, que la pena constituye una respuesta a la infracción culpable de una norma. Luego se le enfrenta un evento *prima facie* catalogado como pena pero que difiere de la caracterización postulada; por ejemplo, un caso en que el “castigado” es inocente. La respuesta –para Hart, incorrecta– reza “eso, por definición, no sería ‘castigo’, y es la justificación del castigo lo que está en juego”. (HART, H. L. A. 1968. Introducción a los principios de la pena. *En*: BETEGÓN, J. y PÁRAMO, J. R. de (Dir.). 1990. Derecho y moral. Ensayos analíticos. Barcelona. Ariel. p. 166). Como señala Mañalich, “[p]artir de una definición de ‘pena’, tal que necesariamente resulten excluidas por ella una o más teorías que pretenden ser teorías de la pena, no constituiría más que una manifiesta petición de principio.” (MAÑALICH, J. P. 2010a. Terror, pena y amnistía. Santiago. Flandes Indiano. p. 54). Una aproximación de este tipo, que pretenda comprender la función de la pena revisando el campo de referencia semántico de la palabra, resulta a todas luces ajeno a nuestro interés por explicarla en su condición de fenómeno social.

práctica “pena” que en su concreta articulación histórica se muestra incompatible con la finalidad que (“por definición”) la define. Empero, un análisis más detenido permitiría concluir que esa dimensión superficialmente incongruente cumpliría de hecho una función latente¹¹ –no explicitada y eventualmente invisible– de efectividad potencialmente equivalente o superior; y que esa función latente de la acción *prima facie* divergente coincidiría –o resultaría “funcionalmente” coherente– con la finalidad que teleológicamente justifica la existencia de la institución. Es tarea del análisis teórico develar cómo tras la heterogeneidad patente en la superficie existe una homogeneidad subyacente (a nivel estructural) capaz de salvaguardar la continuidad conceptual del fenómeno social tras los vaivenes que históricamente moldean su apariencia.¹²

En ambos casos –(i) y (ii)– el exterior dinámico de la pena discurre por un cauce paralelo desligado de su interior estático, y las incongruencias que históricamente se advierten se resuelven siempre a favor del último: los contraejemplos se invalidan afirmando que (*ex ante*) denotan factores *desde un principio* extraños y por tanto lógicamente inhábiles para afectar una definición que nunca los comprendió; o explicando cómo (*ex post*) la divergencia se revela *en última instancia* como convergencia.

Que la entidad conserve su identidad homogénea con independencia de la heterogeneidad de roles que desempeña, nos habilitaría para hablar de “pena” pero al costo de entenderla como un concepto herméticamente cerrado, que se basta a sí mismo para auto-definirse con total prescindencia de la “función” que caracteriza su operación externamente aprehensible. Si la entidad se mantiene ahistóricamente incólume frente a las

¹¹ La distinción entre *funciones manifiestas* y *latentes* la introduce Merton: “las primeras relativas a las consecuencias objetivas para una unidad específica (persona, subgrupo, sistema social o cultural) que contribuyen a su ajuste o adaptación y se esperan así; las segundas relativas a las consecuencias inesperadas y no reconocidas del mismo orden.” (MERTON, R. K. 1968. Teoría y estructura sociales. México D.F.. FCE (2010). p. 138).

¹² Por esta vía la idea de “funciones latentes” entronca con los postulados –que más adelante comentaremos– de “funcionalismo universal” y “unidad funcional”: todo fenómeno social posee una función y toda función, manifiesta o latente, en última instancia favorece la estabilidad del conglomerado de relaciones que cristaliza en forma de estructura social. Véase *infra*. §I.1.2. Con los importantes matices que más adelante se indicaran, nuestra propia aproximación asume una posición análoga.

profundas variaciones del rol que desempeña, carece de sentido hablar de una función de la pena, en el entendido de que dicha “función” denota un rasgo que en alguna medida la define como tal.

* * *

En ambos casos la explicación se dirige a identificar la “fuerza determinante” que sostiene ontológicamente la identidad del fenómeno fijando su naturaleza y delimitando sus fronteras. Para identificar la substancia estática de lo que es, deben excluirse de la cadena causal que lo explique todos aquellos cursos que conducirían a un ser distinto del que es. Se comparte el supuesto ontológico de una entidad que existe como unidad estática, cuyo conocimiento equivale a identificar sus contornos, y cuyos contornos se dibujan identificando la fuerza de que dependen y que unidireccionalmente determina su existencia.

Pero se trata de dos preguntas distintas.

En el primer caso, la causa determinante del fenómeno es externa al mismo, éste aparece como producto y la explicación se basa en la consideración del proceso que determinó mecánicamente su formación: se trata de un “¿por qué?” retrospectivo. En el segundo, la causa determinante es interna, la naturaleza del fenómeno se define teleológicamente en virtud de su intrínseca orientación hacia la causación de cierto resultado, y se formula una explicación poniendo al fenómeno en relación con esos efectos que por necesidad se siguen de su operación: se trata de un “¿por qué?” prospectivo que se confunde, por tanto, con un “¿para qué?”.¹³

¹³ La distinción entre las preguntas “¿por qué...?” y “¿para qué...?” es particularmente pertinente respecto a los modelos tradicionales de justificación de la pena. Como señala Rabossi, “Si preguntamos a alguien ‘¿Para qué hace p?’ [...], la respuesta *tiene* que hacer mención –entre otras cosas– a un hecho

Estos modelos explicativos, siendo distintos, no son necesariamente contradictorios. Bien pueden tan sólo designar el empleo de un mismo prisma explicativo –causal– para el análisis de dos aspectos o dimensiones de un fenómeno. Desde la primera perspectiva, el fenómeno aparece como *efecto* y la explicación remite a sus *causas* en el sentido de su *origen*: las condiciones históricas que determinaron su emergencia. Desde la segunda, el hecho aparece como *causa* y la explicación remite a su capacidad de causar determinados *efectos* entendidos como el estado de cosas constitutivo de su objetivo a realizar, esto es, la *finalidad* que se le atribuye o se la identifica como propia. Así visto, en principio nada obsta a que respecto a un mismo hecho nos preguntemos ¿cómo llegó a ser lo que es? y, luego o al mismo tiempo, ¿qué consecuencias se siguen de que sea como es?

Ahora, si dichas perspectivas se plantean como explicaciones exhaustivas del fenómeno se tornan, en efecto, excluyentes. Desde el punto de vista de la causalidad mecanicista, que la entidad de hecho alcance (o no) uno u otro resultado en su actual operación fáctica, resulta un dato carente de poder explicativo. El fenómeno no existe ni posee la forma que posee porque su existencia sirva a la materialización de ciertos efectos, sino única y exclusivamente porque una serie de circunstancias históricas pasadas determinaron causalmente que el fenómeno existiese y lo hiciese de esa (y no de otra) forma. A la

futuro relacionado con *p*, en términos que incluyan la referencia a ciertas consecuencias que el agente persigue al llevar a cabo *p*. A su vez, si preguntamos a alguien ‘*Por qué* hace *p*?’ [...] la respuesta *tiene* que hacer referencia a un hecho o a una acción pasados, conectados de alguna manera con *p*’. De esta suerte, “[p]ara un utilitarista, el castigo como cualquier otra acción humana con dimensión moral sólo puede justificarse por sus consecuencias. Para un retribucionista, tal justificación de las acciones humanas con dimensión moral sólo puede hacerse mediante una referencia a hechos pasados que incluyan la intención del agente, o determinadas características volitivas, o cosas parecidas.” Esta distinción ocupa un lugar preponderante en la ordenación de la discusión tradicional sobre los fines de la pena de acuerdo a una serie de dicotomías que más adelante revisaremos, en este caso, la dicotomía operada sobre el plano temporal entre una justificación prospectiva y otra retrospectiva de la pena [Véase *infra*. §III.3.2.]. Aquí importa recalcar que la diferencia entre ambas preguntas como remitiendo a distintos aspectos de un mismo objeto es *relativa*: “En general, ‘¿*Por qué* hace *p*?’ puede responderse con sentido tanto haciendo referencia a un acto pasado (‘Porque ocurrió *m*’) como a un acto futuro (‘Porque así ocurrirá *n*’). ‘¿*Por qué* hace *p*?’ es una pregunta ambigua: en uno de sus sentidos equivale a ‘*Para qué* hace *p*?’.” (RABOSSI, E. A. 1970. Sobre la justificación moral de las acciones. El tema del castigo. *Crítica*. Revista Hispanoamericana de Filosofía 4(10): 18; 19; 19 [Destacado original]).

inversa, para la causalidad teleológica la mera descripción fáctica de la cadena causal que históricamente determina el nacimiento del fenómeno, nada aporta a su comprensión¹⁴. La explicación sólo emerge desde el momento en que el objeto se correlaciona con el resultado que está destinado a materializar, resultado que orienta teleológicamente su configuración fáctica –explicando la forma en que concretamente se articula– y justifica su permanencia en el tiempo –explicando su existencia y subsistencia–.

Si a nuestro juicio puede hablarse de una función de la pena, ambas interpretaciones, así entendidas, deben desecharse.

Ahora bien, si posamos nuestra atención sobre su *función*, presuponemos que es posible entender lo que la pena *es* a partir de lo que *hace*, del rol que desempeña. Esto quiere decir que preguntarse por la función –social– de una entidad –como la pena– implica necesariamente asumir una aproximación *en cierto sentido* teleológica. Sólo “en cierto sentido” porque si hemos de admitir –como no puede sino hacerse– ese componente teleológico, debemos, no obstante, rechazar la concepción substancialista que ve ese *telos* como una cualidad ontológicamente inscrita en la pena e indisoluble de su identidad conceptual; y reconocer, en cambio, la mutabilidad de sus manifestaciones históricas como factor ineludible al momento de discernir su función. Pero la aprehensión de sus instanciaciones históricas en virtud del reconocimiento de una finalidad no-substancial a la pena debe llevarse a cabo sin disolver en el camino la continuidad del fenómeno a nivel estructural. Por consiguiente, nuestra posición supone no sólo renunciar a estas aproximaciones causales unidireccionales, sino también a los supuestos onto-

¹⁴ “La consideración del surgimiento y desarrollo de las determinaciones del derecho tal *como aparecen en el tiempo*, esta preocupación *puramente histórica* [...] tienen, dentro de su propia esfera, su mérito y su dignidad. No constituyen sin embargo una consideración filosófica, dado que el desarrollo según el concepto, y la explicación y la justificación históricas no pueden ser ampliadas hasta alcanzar el significado de una justificación *válida en y por sí*. [...] Semejante mostrar y conocer (pragmático) a partir de las causas históricas próximas o remotas se denomina con frecuencia *explicar* [...]. Pero con esto, en realidad, ni siquiera se ha mencionado lo verdaderamente esencial: el concepto de la cosa.” (HEGEL, G. W. F. 1821. Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política. Barcelona. Edhasa (2005). pp. [§3 Obs.] 70-1 [Destacado original]).

lógicos de una realidad que sólo cabría comprender delimitando el núcleo estático de su identidad esencial. En otras palabras, negar el determinismo causal mecánico o teleológico exige negar la alternatividad dicotómica entre (a) la determinación puramente externa de un objeto en situación de heteronomía ontológica absoluta; y (b) la determinación exclusivamente interna propia de un objeto dotado de total autonomía ontológica.

Esto nos obliga a aclarar en primer lugar lo que entendemos por “función”. De cara a la primera interpretación, debe diferenciarse de la noción de “función” implícita en el catálogo de Nietzsche (función inmediata) un concepto capaz de designar la operación subyacente que, tras la variabilidad externa, muestre que no existe solución de continuidad entre sus diversas manifestaciones históricas (función mediata). Empero, y de cara al segundo camino, la noción que designe esa constante en su operación que, tras sus metamorfosis históricas, conserva la unidad del concepto de pena (función mediata), debe distanciarse del discurso que la comprende en términos de esencia, como un sentido inherente a la naturaleza de la práctica que permanece estáticamente incólume ante la variación de su forma externa (función inmediata).

Antes de explorar la teoría sobre la función de la pena, resulta pues imprescindible depurar la noción de “función”. Debemos entender por qué no se disuelve en un sinnúmero de funciones pero tampoco existe con independencia de ellas. La pena sólo existe en y a través de las funciones en que se materializa, pero esas funciones inmediatas remiten todas a una función mediata que a través de ellas se expresa. Debe desarrollarse entonces un concepto dotado de cierto nivel de abstracción y coherencia que no se reduzca a, ni se disocie de, las funciones que históricamente desempeña, sino que sostenga una conexión interna en que éstas se muestren como sus instanciaciones particulares –y no como retórica e interesadamente forzadas a encajar en nuestras categorías– y, por consiguiente, funcionalmente subordinadas en su estructura a la función genérica del sistema institucionalizado en cuyo interior operan.

1.2. Función y estructura

En principio hablar de “función” denota simplemente una relación de (inter)dependencia entre dos variables: entre X e Y existe una “relación funcional” en la medida en que bajo determinadas condiciones una alteración en el valor de X recibe expresión en el valor de Y ; es decir, cuando una variación en el valor de Y depende de cierta variación en el valor de X y/o viceversa¹⁵. Este primer paso se limita a constatar y describir la *correlación*, pero no la explica.

Ahora, como herramienta explicativa de lo social el concepto de *función* se introduce originalmente a partir de un ejercicio analógico desde la biología¹⁶. El marco conceptual en que se justifica dicha extrapolación lo condensa Radcliffe-Brown en los siguientes términos:

El concepto de *función* [...] incluye [...] la noción de una *estructura* que consiste en una serie de relaciones entre *entidades* unificadas, la continuidad de cuya estructura se mantiene por un *proceso vital* compuesto por las *actividades* de las *unidades constitutivas*.¹⁷

Pueden distinguirse en esta breve caracterización los elementos básicos que nos permitirán aproximarnos a un concepto de función adecuado para la comprensión de nuestro objeto¹⁸.

¹⁵ MERTON, R. K., *op. cit.*, pp. 94; 94 n. 3.

¹⁶ Cfr. RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1935. El concepto de función en la ciencia social. En: RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1969. Estructura y función en la sociedad primitiva. Barcelona. Planeta-De Agostini (1986). pp. 203 y ss.; MERTON, R. K., *op. cit.*, pp. 94-6. En particular sobre la operación analógica que supone, véase: DURKHEIM, É. 1898., *op. cit.*, pp. 77-9.

¹⁷ RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1935., *op. cit.*, p. 206 [Destacado agregado].

¹⁸ De la definición de Radcliffe-Brown extraeremos seis elementos a tratar en el siguiente orden: (1) unidades o entidades constitutivas; (2) actividad; (3) función; (4) estructura; (5) proceso vital; y (6) unidad funcional.

(1) En primer lugar, están las *unidades constitutivas* o *entidades*, individual, aislada y estáticamente consideradas. Para nuestros efectos: el agente o institución *X* cuya función buscamos determinar (la pena, por ejemplo). Desde una aproximación cognoscitiva articulada sobre una ontología substancialista el foco de atención se restringe a este nivel: la identidad del objeto se define por el constante primado de “lo mismo” sobre “lo otro”; el conocimiento del ser en sí exige excluir el no-ser. Esto se lleva a cabo aislando analíticamente la entidad de su entorno, suspendiendo las correlaciones que de hecho exhibe para acceder a la substancia que la constituye en su individualidad. No se trata de que este prisma epistemológico necesariamente prescindiera de las relaciones entre las partes pero, si opta por considerarlas, lo concibe como una fase subordinada y, por tanto, lógicamente posterior: sólo una vez delineadas con precisión las propiedades que definen los contornos del objeto aislado, pueden revisarse y comprenderse las relaciones que mantiene con otros elementos, porque estas relaciones *emanan* y *dependen* de los objetos individuales relacionados.

Aparecen aquí dos supuestos relevantes. (a) Primero una posición ontológica reduccionista donde el estatus de “real” se reserva a las entidades individualmente consideradas. Las unidades existen por sí mismas plenamente constituidas de modo lógicamente previo e independiente a las relaciones que las ligan. (b) Luego, y derivado de lo anterior, emerge una forma de determinismo donde, si las partículas concentran toda la realidad, las relaciones que protagonizan sólo cabe explicarlas a partir de ellas.

La relación depende exhaustivamente de las entidades relacionadas. Primero en su existencia: la supresión de las unidades suprime toda realidad, desapareciendo *ipso facto* con ellas la relación que las liga. Pero también en su forma: las partículas relacionadas albergan en sí mismas la orientación que encuentra en sus relaciones efectivas indefectible expresión.

Ya se conciba determinada externamente según una causalidad mecánica – emanada, por ejemplo, de las condiciones históricas– o internamente según una causali-

dad teleológica –comprendida, por ejemplo, de acuerdo a un conceptualismo jurídico–, de esa identidad causal y definitivamente encapsulada pende toda posible explicación de sus relaciones de interacción o, lo que es lo mismo, del modo en que se desenvuelve en su operación fáctica, esto es, de su *función*. La irrelevancia que desde esta posición exhibe la dimensión *relacional* la torna, en consecuencia, inhábil para elaborar una noción adecuada de ésta¹⁹.

(2) El segundo elemento que cabe extraer de la caracterización de Radcliffe-Brown lo encontramos en lo que denomina *actividad*. La actividad es un predicado respecto a la entidad en su individualidad pero ahora desde una perspectiva relacional y dinámica; denota lo que antes llamamos *función inmediata*: su correlación con un estado de cosas susceptible de asociársele directamente como efecto de su operación fáctica en base al establecimiento a nivel fenoménico de un nexo estable en el tiempo entre acción y resultado.

Por lo tanto, para identificar la actividad de X, debe, como primer paso, determinarse ¿qué hace X? Con ese fin, ha de observarse el modo en que *de facto* opera e identificarse qué resultados se siguen regularmente de su actividad. Ahora, si la asociación de un efecto a su operación se basa en la constatación de una simple regularidad a nivel fenoménico, dicho nexo es condición necesaria mas insuficiente. Para que la relación se repute *su* actividad no basta que se mantenga en el tiempo constituyéndose en “regulari-

¹⁹ En cambio, nos hallamos próximos a Bourdieu, quien –como más adelante veremos– propone adoptar un modo de pensamiento “relacional o estructural” que “no identifica lo real con sustancias sino con relaciones”. Para este “realismo de la relación, lo real es relacional; la realidad no es sino estructura”, conjunto de relaciones constantes que “constituyen un espacio de posiciones externas unas respecto a otras y definidas por su distancia relativa entre ellas.” (BOURDIEU, P. 1987. ¿Cómo se hace una clase social? Sobre la existencia teórica y práctica de los grupos. En: BOURDIEU, P. 2001. Poder, derecho y clases sociales. Bilbao. Desclée de Brouwer. pp. 104-5). En este marco –de acuerdo a la interpretación de García Inda– “los elementos individualizados sólo tienen propiedades en virtud de las relaciones que mantienen con otros en un sistema, es decir, en virtud de *la función* que llevan a cabo en el sistema de relaciones” (GARCÍA INDA, A. 2001. Introducción. La razón del derecho: entre *habitus* y campo. En: BOURDIEU, P. 2001., *op. cit.*, p. 14 [Destacado original]).

dad”; esa regularidad ha de poder interpretarse como una operación que en algún sentido le es *propia*, es decir, los resultados deben imputársele como consecuencias que *normalmente* se siguen de la acción que *normalmente* desempeña²⁰. Para definir una actividad *típica* debe ofrecerse un fundamento para ese encadenamiento constante y estable que de hecho liga la acción del agente con esos efectos. Ese fundamento remite al *sentido* de la acción²¹. Con ello se inicia el tránsito desde la actividad hacia la función en sentido propio.

(3) El tercer elemento es la *función* propiamente tal. Para arribar a ella, una vez que sabemos qué hace el objeto –su actividad–, debemos comprender por qué o para qué lo hace; pregunta que remite no directamente a la acción y sus efectos, sino –como dijimos– al *sentido* de la acción. Ahora, para determinar para qué hace lo que hace, lo primero es saber qué hace lo que (en lo inmediato) hace. Esto exige ampliar la perspectiva hacia el *entorno* en que su acción se inscribe para (re)construir un enlace de segundo grado que determine los efectos de sus efectos inmediatos; operación que introduce definitivamente la dimensión relacional en el análisis.

Ahora bien, identificar los efectos de los primeros efectos –o, lo que es lo mismo, sus *efectos mediatos*– implica una progresiva extensión de la cadena de relaciones causales. Esta ampliación resulta indispensable para definir el sentido de la acción primera

²⁰ Cfr. WEBER, M. 1904. La ‘objetividad cognoscitiva de la ciencia social y de la política social. En: WEBER, M. 1968. Ensayos sobre metodología sociológica. Buenos Aires. Amorrortu (2001), pp. 68-9.

²¹ La noción de *sentido* la introduce Weber para el análisis comprensivo-interpretativo de la acción social: “Por ‘acción’ debe entenderse una conducta humana [...] siempre que el sujeto o sujetos de la acción *enlacen* a ella un *sentido* subjetivo”. A su juicio, “permanecen ajenos al sentido todos los procesos o estados –animados, inanimados, humanos y extrahumanos– en que *no se mienta* un sentido, en tanto que no aparezcan en la acción en la relación de ‘medio’ o de ‘fin’, y sólo sean, para la misma, ocasión, estímulo y obstáculo.” (WEBER, M. 1956. Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva. 4ª ed. México D. F.. FCE (2004). pp. 5; 8 [Destacado original]). Como a continuación veremos, explicar una acción supone captar la conexión de sentido que la constituye en una *finalidad* en si misma o la enlaza con una en calidad de *medio funcionalmente idóneo*.

pero, considerada en sí misma, se enfrenta a obstáculos que frustran su propósito explicativo. (a) Primero, da lugar a un ejercicio de ampliación causal en principio ilimitado en que cada efecto aparece a su vez como causa de otro efecto y así sucesivamente; inscribiéndose en una serie que amenaza extenderse hasta el infinito y, de esta suerte, desplazar indefinidamente el punto de apoyo en referencia al cual podría fijarse el sentido de la acción²². (b) Junto a lo anterior emerge el problema de la pluri-causalidad, es decir, el hecho de que todo acto causa más de un efecto y cada efecto opera como causa de una pluralidad de nuevos efectos y así, nuevamente, de un modo en principio ilimitado. Por lo tanto, si nos restringiéramos a establecer relaciones causales entre elementos, toparíamos con un sinnúmero de direcciones ramificadas, cada una individualmente insuficiente como explicación del fenómeno; y que, en conjunto, no ofrecen ningún criterio de selección que permita discernir fundadamente cuál resulta explicativamente pertinente y cuál no.²³

Hasta aquí, hemos concluido que la función de *X* sería aquello que *X* hace (*Y*), pero el argumento no logra justificar el tránsito desde ese hacer constitutivo de su *actividad* hacia el hacer definido como su *función* ya que carecemos de un polo de sentido que justifique articular la correlación entre los efectos inmediatos y los mediatos. Si la función aparece como una *clase especial de efecto*²⁴, el problema consiste en saber qué nos habilita para sostener que un efecto en particular es miembro de esa clase, es decir, en discernir qué hace que un *efecto* se constituya además en *función*.

²² “El número y la índole de las causas que determinaron cualquier evento individual son siempre *infinitos*, y nada hay en las cosas mismas que indiqué qué parte de ellas debe ser considerada.” (WEBER, M. 1904., *op. cit.*, p. 67 [Destacado original]).

²³ “Mientras que la Antigüedad y la Edad Media entendieron la causalidad en un sentido apenas concebible como relación finita de los motivos del ser, desde los comienzos de la Edad Moderna *la problemática de la eternidad en la causalidad* se ha vuelto irrecusable. Toda verificación causal implica en diversas direcciones referencias al infinito. Todo efecto tiene infinitas causas; toda causa, infinitos efectos. A esto se agrega que toda causa puede combinarse con otras o ser sustituida por otras en forma infinita, de lo cual resultan respectivamente múltiples diferencias en el dominio de los efectos. Por último, todo proceso causal puede ser dividido en sí mismo hasta el infinito, así como ser observado hasta distancias infinitas.” (LUHMANN, N. 1970a., *op. cit.*, p. 25 [Destacado agregado]).

²⁴ LUHMANN, N. 1970a., *op. cit.*, p. 11.

El elemento faltante apunta a un eslabón en la cadena de efectos que opere como directriz respecto a la cual quepa reconstruir hasta la acción la relación de sentido que sostenga el juicio que redefine dicho resultado como su función. El efecto así redefinido ostenta el estatus de *fin* u *objetivo* de la acción. De esta suerte, se incorpora una dimensión *teleológica* que –como anunciamos– resultaba ineludible admitir y que –en este contexto– resulta preciso tratar con mayor detenimiento.

En la pregunta por la *función* de *X* yace implícita una pregunta por su *utilidad*: para sostener que *Y* es la función de *X*, la ejecución de *Y* debe constituirse en algún sentido como algo útil. Esta utilidad, entendida aquí en sentido amplio, apunta a la capacidad que detenta *Y* de satisfacer una *necesidad* o *deseo*²⁵. El efecto que satisface una necesidad y es, en ese sentido, un efecto útil, adquiere entonces el estatus de *fin*, y la actividad capaz de satisfacerlo aparece como la *función* del agente que la ejecuta. Si la acción de *X* apunta a esta finalidad, sus efectos inmediatamente orientados a ella adoptan

²⁵ Para Durkheim “[p]reguntarse cuál es la *función* de la división del trabajo es [...] buscar a qué *necesidad* corresponde”. Durkheim, empero, cuestiona el recurso a la noción de *utilidad* toda vez que “puede suceder que un determinado modo de ser sea normal sin servir para nada, simplemente por estar necesariamente implicado en la naturaleza del ser”. De esta suerte, prefiere prescindir de los términos *fin* u *objeto* considerando que “los hechos sociales no existen generalmente, en vista de los resultados que producen”. A su juicio, a lo que apunta la idea de *función* es a determinar “si existe correspondencia entre el hecho considerado y las necesidades generales del organismo social”. Lo relevante entonces es poner en relación el fenómeno estudiado con las “condiciones de existencia de la especie considerada, ya como un efecto mecánicamente necesario de estas condiciones, ya como un medio que permite a los organismos adaptarse a él”. Ahora bien, como él propio Durkheim admite, es lícito preguntarse “si cuando un fenómeno deriva necesariamente de las condiciones generales de la vida, no es por esta razón útil”. Desde nuestra perspectiva, la capacidad de la actividad de satisfacer las *necesidades* estructuralmente formuladas la torna *útil* y, en este sentido, puede concebirse esa satisfacción como su *objeto* o *finalidad*. La posición de Durkheim –como veremos más adelante– apunta a excluir el finalismo en un sentido subjetivo-constructivista: “La necesidad que *tenemos* de las cosas no puede ser causa de que sean de esta o de otra manera, y, por consiguiente, no es *esta necesidad* la que puede hacerlas surgir de la nada y darles vida”. Pero, si se excluyen las necesidades subjetivas, no es para excluir la fuerza socialmente estructurante de la necesidad, sino para desplazar su fuente hacia la sociedad como tal, es decir, hacia las necesidades generales del organismo social. (DURKHEIM, É. 1893. La división del trabajo social. Madrid. Akal (2001). p. 57 [Destacado agregado]; DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, pp. 81; 109; 105-6 [Destacado agregado]). Lo mismo puede sostenerse respecto a Radcliffe-Brown, quien expresa análoga pretensión de evitar ese tipo de interpretación teleológica de la sociedad mediante la sustitución del término *necesidades* por *condiciones necesarias de existencia*. (RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1935., *op. cit.*, p. 203).

²⁶ NIETZSCHE, F. 1887., *op. cit.*, p. [§13] 115.

la condición de *medios*, se tornan *instrumentales*. La función se determina identificando en la acción los medios instrumentales para efectos mediatos que constituyen su finalidad y la dotan de sentido.

Aquí, no obstante, el argumento ha de hacerse cargo de las sospechas que ya entrevía Nietzsche:

De modo ingenuo, como siempre—: [los genealogistas de la moral] descubren en la pena una ‘finalidad’ cualquiera, por ejemplo, la venganza o la intimidación, después colocan despreocupadamente esa finalidad al comienzo, como *causa fiendi* [causa productiva] de la pena y —ya han acabado.²⁶

El truco que Nietzsche denuncia consiste en la re-formulación estratégica del efecto como causa: “de igual modo que antes se imaginaba que la mano había sido *inventada* para la finalidad de agarrar” ahora los estudiosos del derecho imaginan que el fenómeno social designado como “pena” existe exclusivamente en virtud de su capacidad de satisfacer la finalidad que *ellos* identifican como la que tornaría útil los efectos de su operación, constituyéndola retroactivamente en la causa que justifica y explica su existencia²⁷. Las aproximaciones funcionalistas se enfrentan a análoga acusación de caer en un razonamiento tautológico cuando su análisis “consiste en descubrir en base a un efecto hallado una respectiva necesidad, para de este modo justificar la existencia del efecto”²⁸.

Para justificar la selección entre la plétora de efectos que en principio cabe asociar a una causa sin diluir la explicación *ad in fitum* o incurrir en el error inverso de una elección arbitraria tras la cual no hay más que un vacío tautológico, queda por explicar

²⁶ NIETZSCHE, F. 1887., *op. cit.*, p. [§13] 115.

²⁷ Para Nietzsche, en cambio, “la *causa de la génesis* de una cosa y la *utilidad final* de ésta, su efectiva utilización e inserción en un sistema de finalidades, son hechos *toto coelo* [totalmente] separados entre sí...” (NIETZSCHE, F. 1887., *op. cit.*, p. [§ 12] 111 [Destacado agregado]).

²⁸ LUHMANN, N. 1970a., *op. cit.*, p. 23.

por qué y cómo cierto *efecto* se constituye en una *finalidad* o *necesidad* que estructure el sentido de la actividad.

Un camino para invertir²⁹ determinado resultado con el estatus de fin, consiste en adscribir a la operación del agente una orientación teleológica inmanente que desde un inicio remita a aquel. La identificación de un *telos* intrínseco a la entidad *X* permitiría definir con relativa facilidad su función en virtud de la puesta en relación de su actividad actual con el efecto al que idealmente apunta y por naturaleza tiende. Sin embargo, hablar de una finalidad esencial a la entidad que dota de sentido natural a su operar nos conduce de vuelta a la ontología substancialista antes rechazada. Por consiguiente, si hemos de asociarle un *telos*, este no puede emanar de su interior sino serle adscrito desde el exterior. Esto nos obliga a buscar la génesis de esa suerte de *necesidad* hacia cuya satisfacción se dirige la acción *qua* función en el entorno en que su operación tiene lugar.

(4) En el sentido del citado párrafo de Radcliffe-Brown, el paso desde la actividad a la *función mediata* o *función en sentido estricto* va indisolublemente ligado a otro elemento. La función, como predicado respecto a la actividad, debe vincularse a la red de relaciones dotada de cierta unidad y persistencia en el tiempo en que se inscribe y a través de la cual opera: esto es lo que denomina *estructura*.

La explicación del sentido funcional de la acción podrá obtenerse en la medida en que se entienda que el nexo entre entidades particulares no opera en el vacío, y que la relación no se limita a las partes relacionadas ni se explica en virtud de ellas, sino sólo ampliando el campo de análisis para percibir su posicionamiento al interior de una tejido

²⁹ El empleo de la expresión “invertir” anuncia ya nuestra posición sobre la materia: véase *infra*. §1.1.4.2. Cfr. BOURDIEU, P. 1981. Los ritos como actos de institución. En: PITT-RIVERS y PERISTIANY (Eds.). Honor y gracia. Madrid. Alianza. p. 115; BOURDIEU, P. 1983. Las formas del capital. Capital económico, capital cultural y capital social. En: BOURDIEU, P. 2001., *op. cit.*, pp. 151-2.

de relaciones en recíproca y permanentemente interacción y dependencia. Esa estructura remite al *todo*, no como unidad sustancial, sino funcional: conjunto de relaciones formales entre las partes.

Entonces, si la acción típica asignable a *X* puede identificarse como *Y*, este efecto inmediato debe ponerse en relación con un efecto mediato entendido en términos no de una tercera variable –en una operación, como vimos, susceptible de reproducirse *ad infinitum*– sino en remisión a la totalidad estructurada de relaciones en cuyo seno tiene lugar su actividad. De ese tejido relacional emerge una exigencia o necesidad cuya satisfacción opera como la finalidad que orienta la acción y transforma en su función la capacidad de causación del efecto que la satisface.

(5) La posición de la entidad en la red de relaciones determina que su actividad se torne *estructuralmente necesaria*. Y es necesaria porque la continuidad de la estructura depende de su funcionamiento. En última instancia, la *función* no es sino la contribución de la actividad a la continuidad de la estructura³⁰. El conjunto de actividades e interacciones de las unidades constituye lo que Radcliffe-Brown denomina *proceso vital*.

(6) De esta suerte, la noción de función puede delimitarse revisando la *correspondencia* entre el todo y las partes: la relación de funcionalidad denota el nivel en que la actividad de las partes (co)responde adecuadamente a las necesidades del todo³¹. Así

³⁰ “La *función* de cualquier actividad recurrente, como *el castigo de un crimen* o una ceremonia funeraria es la parte que desempeña en la vida social como un todo y, por tanto, la *contribución que hace al mantenimiento de la continuidad estructural*.” (RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1935., *op. cit.*, p. 205 [Destacado agregado]).

³¹ La función de un proceso vital “es la contribución que hace a la vida del organismo como un todo, el papel que desempeña en ésta”. (RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1935., *op. cit.*, p. 204). Para Durkheim la vida no puede descomponerse en los elementos particulares que participan de ella: “la vida es una, y, por consiguiente, sólo puede tener por asiento la sustancia viviente en su totalidad. La vida está en

Durkheim habla de “función” como una relación de correspondencia entre determinado “movimiento vital” y ciertas “necesidades del organismo”³². Se trata de una noción de correspondencia unívoca donde la variación de uno de los pares determina el modo de co-respuesta del otro. El elemento unidireccionalmente determinante lo representa las necesidades del organismo: el “movimiento vital” existe *en función de* las necesidades del organismo; la función *es* el modo a través del cual las necesidades del organismo se satisfacen. La actividad individual existe como parte de la actividad del todo. Para que la acción de las entidades (el proceso vital) contribuya a la continuidad de la estructura (satisfaga las necesidades del organismo) debe darse esa relación de correspondencia: la actividad de las partes debe responder a la función que su posición en el sistema de relaciones (el todo-estructural-estructurante) define, es decir, debe constituirse en expresión particular de la actividad general determinada por la estructura. Esta correspondencia requiere cierto nivel de coherencia o cohesión interna que Radcliffe-Brown denomina *unidad funcional*.³³

el todo, no en las partes.” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 24) En el mismo sentido: DURKHEIM, É. 1898., *op. cit.*, p. 125.

³² DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, p. 57. De tal suerte que preguntarse cuál es la función de la división del trabajo, por ejemplo, es buscar a qué necesidad corresponde. (*Ibid.*, p. 57).

³³ Para Radcliffe-Brown el postulado de “unidad funcional” de un sistema social puede definirse como “una condición en la que todas las partes del sistema social trabajan juntas con un grado suficiente de armonía o de consistencia interna, es decir, sin producir constantes conflictos que no puedan resolverse o regularse.” De esta suerte, los seres humanos individuales, las “unidades esenciales” de la “vida social”, estarían “conectados por una serie definida de relaciones sociales dentro de *un todo integrado*”. (RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1935., *op. cit.*, pp. 207; 205 [Destacado agregado]). Cabe apuntar que a este tipo de postulados subyace –como señala Leach– un “prejuicio a favor de las sociedades que presentan síntomas de ‘integración funcional’, ‘solidaridad social’, ‘uniformidad cultural’ o ‘equilibrio estructural’” a partir del cual las “sociedades que presentan síntomas de facción y de conflicto interior que conducen a un cambio rápido [...] resultan sospechosas de ‘anomie’ y de decadencia patológica”. (LEACH, E. R. 1970. *Sistemas políticos de la Alta Birmania. Estudios sobre la estructura social Kachin*. Barcelona. Anagrama (1976). p. 29). Esta extendida propensión hacia las “interpretaciones de equilibrio”, cuyo influencia en las ciencias sociales puede rastrearse en dirección a Durkheim, se revisará luego a propósito de la función de *integración social* que asignaremos al derecho, esto es, una operación encaminada precisamente a (re)establecer el equilibrio o unidad funcional de la sociedad [Véase *infra*. §II.1.2.]. Sobre el postulado de “unidad funcional”, véase también: MERTON, R. K., *op. cit.*, pp. 98-103.

* * *

Hasta aquí hemos podido constatar, por un lado, que la necesidad que determina la función de *X* es una *necesidad estructural*, esto es, una necesidad que surge desde el complejo de relaciones que llamamos estructura. Será la estructura la que adscriba desde el exterior a *X* una función que por “naturaleza” no está destinada a desempeñar. La función de cada parte se encuentra, por consiguiente, definida por su posición estructural. Pero, al mismo tiempo, hemos visto que sólo en la medida en que las partes desempeñen de modo continuo sus funciones estructuralmente definidas la estructura misma que se las adscribe mantiene su existencia. Aparece así una relación de codependencia: la estructura determina la existencia de la función mas al unísono, la función determina la existencia de la estructura³⁴.

Esta codependencia, incompatible con la explicación causal tradicional, entra también en pugna con la explicación funcional-organicista³⁵, introduciendo una ambigüedad que no podrá sino agudizarse desde el momento y en la medida en que pretenda extrapolarse al análisis de entidades, estructuras y funciones sociales³⁶.

³⁴ Como asevera Merton, “la situación social no determina por completo la conducta ni las relaciones entre los grupos. Las funciones modifican esas relaciones. [...] *la estructura afecta a la función y la función afecta a la estructura*” (MERTON, R. K., *op. cit.*, p. 158 [Destacado original]).

³⁵ Como la propuesta por Durkheim y Radcliffe-Brown.

³⁶ Complejidad advertida por el propio Durkheim: “el efecto no puede existir sin su causa, pero ésta, a su vez, tienen necesidad de su efecto” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 110).

1.3. Función social y estructura social

Malinowski no admite la existencia de complejos culturales fortuitos o accidentales³⁷. A su juicio todo proceso cultural, por muy arbitrario que parezca, se encuentra sometido a leyes, y esas leyes pueden aprehenderse descifrando el modo en que sus elementos se relacionan de manera de responder a necesidades humanas, es decir, identificando su función³⁸. Radcliffe-Brown parte de un supuesto análogo pero más débil: rechaza la “afirmación dogmática” de que *todo* en la vida de cada comunidad tiene una función, pero admite que *puede* tener una y, por tanto, que está justificado intentar descubrirla³⁹. Esta es una línea de razonamiento que finalmente conduce a Durkheim:

...todo hecho de orden vital –como son los hechos morales– no puede generalmente durar si no sirve para algo, si no responde a alguna necesidad; mientras, pues, no se haga la prueba en contrario, tiene derecho a nuestro respeto.⁴⁰

¿Cómo se justifica esa operación que parece “invertir la carga de prueba” en el plano de la argumentación teórica?⁴¹

En primera instancia se explica por la idea de “unidad funcional” antes señalada. Si la estructura permite y garantiza una ordenación social dotada de un grado suficiente

³⁷ MALINOWSKI, B. 1931. La cultura. En: KAHN, J. S. (Ed.). 1975. El concepto de cultura: textos fundamentales. Barcelona. Anagrama. p. 91.

³⁸ MALINOWSKI, B. 1931., *op. cit.*, p. 91; MALINOWSKI, B. 1944. Una teoría científica de la cultura. Madrid. Sarpe (1984). p. 52.

³⁹ RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1935., *op. cit.*, p. 209.

⁴⁰ DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, p. 43.

⁴¹ En rigor, nada autoriza a suponer *a priori* que todo artefacto cultural o hecho social corresponda a una necesidad estructural y sea, por consiguiente, funcional al mantenimiento del todo social, y nada autoriza tampoco a dar por establecido *ab initio* el escenario contrario. En principio, ello denota una cuestión de hecho a acreditarse en cada caso concreto. Establecer la funcionalidad universal como premisa exige, por ende, justificarse.

de armonía y consistencia interna⁴², la función social de cada agente, en tanto determinada por la posición que dicha estructura le asigna, por definición ha de servir a la mantención de ese estado de equilibrio o cohesión. Del “postulado de unidad funcional” de la sociedad emanaría lo que Merton denomina “postulado del funcionalismo universal”⁴³: si la estructura mantiene la unidad de la sociedad, las funciones estructuralmente definidas para favorecer la continuidad de la estructura –es decir, *todas* las funciones– *a fortiori* favorecerán la unidad de la sociedad.

Ahora bien, esta explicación cobra sentido en la medida en que supuestos implícitos en su formulación son asumidos por los autores. Estos supuestos que, con sus respectivos matices, los inscriben en la corriente *funcionalista*, dan cuenta de que el análisis funcional tradicional se encuentra anclado a la lógica del *determinismo estructural* según el cual la función de los agentes o instituciones viene unidireccionalmente definida por su posición en la estructura. Con esto se niega o –más frecuentemente– se subvalora la posibilidad de una relación de determinación en sentido inverso en que la actividad de los agentes modele la estructura que *prima facie* define su función (rol)⁴⁴. En otras pala-

⁴² RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1935., *op. cit.*, p. 207.

⁴³ De acuerdo a Merton, “este postulado afirma que todas las formas sociales o culturales estandarizadas tienen funciones positivas” (MERTON, R. K., *op. cit.*, p. 104) o, como señala Kluckhohn, que “no sobrevive ninguna forma de cultura si no constituye una respuesta acomodativa o adaptativa, en algún sentido...” (Kluckhohn, 1944: 46 [Citado en: MERTON, R. K., *op. cit.*, p. 104]). Si bien Merton se distancia del postulado de que *toda* forma cultural individualmente considerada resulta funcional a la conservación de la estructura social, comparte su principio medular al proponer que “las formas culturales persistentes tienen un *saldo líquido de consecuencias funcionales* para la sociedad”. Empero, al hacerlo, emplea una noción cualificada de funcionalidad social que incluye no sólo “la sociedad considerada como una unidad”, sino también la funcionalidad relativa a “subgrupos suficientemente poderosos para conservar intactas esas formas por medio de la coacción directa o de la persuasión indirecta”. (*Ibid.*, pp. 104-5 [Destacado original]).

⁴⁴ Posición –como veremos– paradigmáticamente representada por Durkheim: “se reconoce principalmente una cosa, por el hecho de no poderse modificar por un acto de voluntad. No es que sea refractaria a toda modificación, pero para producirse un cambio no basta sólo el quererlo, sino que es preciso un esfuerzo más o menos laborioso, a causa de la resistencia que nos opone y que, de otra parte, no puede vencerse en todos los casos. [...] [L]os hechos sociales tienen esta propiedad.” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 56). Sobre la noción de “coerción estructural”, véase MERTON, R. K., *op. cit.*, p. 128.

bras, reduce toda actividad a su condición de acción estructurada negando su reverso como acción estructurante⁴⁵.

Revisaremos el modo en que esta reducción opera por la vía de la hipóstasis, reificación o naturalización de la estructura. Esto evidenciará que esta aproximación cognoscitiva, para extender al análisis de lo social una herramienta explicativa hasta entonces reservada al estudio de fenómenos naturales, debe extrapolar junto al principio heurístico los presupuestos ontológicos propios del objeto sobre al que originalmente se aplica⁴⁶. En otras palabras, en su formulación tradicional la prolongación del análisis funcional desde la biología a la cultura o sociedad se sostiene en la aporofrénica aceptación del axioma científico-positivista según el cual –en esencia– todo lo real posee un sustrato común que permite y exige el empleo del mismo y único aparato metodológico habilitado para comprenderlo “científicamente”⁴⁷. En nuestro caso presupone que el nuevo objeto –social– constituiría un fragmento de realidad fundamentalmente homólogo al primero, es decir, que la realidad social se encontraría regida por la misma lógica que explica el comportamiento de los fenómenos biológicos⁴⁸. Esto, a nuestro juicio, lo

⁴⁵ Inequívoco en este sentido es el *dictum* de Durkheim: “El carácter convencional de una práctica o de una institución no debe presumirse *nunca*.” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 55 [Destacado agregado]). Sobre la tensión entre “estructuras estructurantes” y “estructuras estructuradas”, véase: BOURDIEU, P. 1977. Sobre el poder simbólico. En: BOURDIEU, P. 2001., *op. cit.*, pp. 87-99. La dialéctica entre subjetividad y objetividad la aprehende Bourdieu a través de la noción de *habitus* (véase BOURDIEU, P. 1988. ¡Viva la crisis! Por la heterodoxia en las ciencias sociales. En: BOURDIEU, P. 2001., *op. cit.*, p. 81 n. 13).

⁴⁶ Durkheim critica a los “sociólogos biologicistas” por abusar del recurso analógico pretendiendo inducir las leyes de la sociología a partir de las leyes de la biología (DURKHEIM, É. 1898., *op. cit.*, p. 78). Sin embargo, por los motivos que a continuación expondremos, Durkheim llega por otra vía a resultados equivalentes que lo hacen acreedor de la misma crítica.

⁴⁷ Explícitamente Durkheim: “nuestro objetivo principal es extender el racionalismo científico a la conducta humana, haciendo ver que, considerada en el pasado, es reducible a relaciones de causa y efecto, que un operación no menos racional puede transformar más tarde en reglas de acción para el porvenir. Lo que se ha llamado nuestro positivismo, es una consecuencia de este racionalismo.” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 17).

⁴⁸ Como abiertamente manifiesta Radcliffe-Brown: “[l]os fenómenos sociales son un género diferenciado de fenómenos naturales.” Por consiguiente, la antropología social que desarrolla es concebida como “la ciencia natural teórica de la sociedad humana, es decir, la *investigación de los fenómenos sociales con métodos esencialmente similares a los que se utiliza en las ciencias físicas y biológicas*.”

priva de capacidad para aprehender la especificidad de lo social y *a fortiori* de instituciones sociales como el derecho y la pena. A continuación justificaremos por qué.

* * *

El enfoque estrictamente funcionalista en la comprensión de la realidad social encuentra un exponente paradigmático en Malinowski:

La cultura consta de la masa de bienes e instrumentos, así como de las costumbres y de los hábitos corporales o mentales que *funcionan directa o indirectamente para satisfacer las necesidades humanas. Todos los elementos de la cultura, si esta concepción es cierta, deben estar en funcionamiento, ser activos, eficaces.*⁴⁹

Para Malinowski la cultura⁵⁰ es una realidad de orden instrumental que no existe sino para responder a necesidades en última instancia biológicas que de otro modo el

(RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1940. Estructura social. En: RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1969., *op. cit.*, pp. 217; 216 [Destacado agregado]).

⁴⁹ MALINOWSKI, B. 1931., *op. cit.*, p. 91 [Destacada agregado].

⁵⁰ Malinoswski concibe la *cultura* como su objeto de estudio, a diferencia de la mayoría de los autores estudiados –y de nuestro propio empleo del lenguaje– que hablan de fenómenos, estructuras y funciones *sociales*. Radcliffe-Brown, por ejemplo, rechaza el concepto de “cultura” por juzgarlo una “vaga abstracción” inaccesible a la observación y, por tanto, al estudio empírico propio de una aproximación auténticamente científica (naturalista-positivista, según vimos). (RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1940., *op. cit.*, pp. 216-7). Empero, es también posible captar la diferencia entre *sociedad* y *cultura* en el siguiente sentido: “Si se acepta que la sociedad es un agregado de relaciones sociales, entonces la cultura es el contenido de esas relaciones. La sociedad pone el énfasis en el componente humano, el agregado de personas y las relaciones entre ellas. La cultura pone el énfasis en el componente de los recursos acumulados, inmateriales así como materiales, que la gente hereda, utiliza, transforma, añade y transmite.” (Firth, 1951: 27 [Citado en: LEACH, E. R., *op. cit.*, p. 38, n. 28]). Si se adopta esta última lectura la contraposición se relativiza importantemente. La cultura no sería una abstracción sino el concreto contenido de relaciones sociales cuya forma viene determinada por la estructura. De esta suerte coincidiría con la distinción que el propio Radcliffe-Brown introduce entre “estructura social” como “la serie de relaciones realmente existentes en un momento dado que ligan a ciertos seres humanos” cuyo contenido –desde la perspectiva de Firth– sería directamente observable a través de las formaciones culturales en que se encarnan y expresan; y lo que llama la “forma estructural”: la forma general o normal abstraída de las variaciones particulares que ostenta continuidad a través del tiempo. (RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1940., *op. cit.*, pp. 219-20). Si consideramos que el esfuerzo de Malinowski se orienta a desentrañar las *leyes* que rigen el desenvolvi-

hombre –por razones también biológicas– se vería incapacitado de satisfacer⁵¹. Si bien la cultura representa un rasgo propiamente humano⁵², esa particularidad surge sólo como respuesta adaptativa ante propiedades que lo caracterizan no en su humanidad sino en su condición animal. Este punto de partida es fundamental para Gehlen:

...se puede demostrar que, en vista de su constitución biológica, el hombre no podría conservarse dentro de la naturaleza, tal como ésta es, cruda, de primera mano; sino que debe vivir de la transformación –de la modificación práctica, efectiva– de cualquier realidad natural con que se encuentre. Su actividad inteligente tiende a la modificación constructiva del mundo exterior, simplemente a causa de su insuficiencia orgánica.⁵³

La cultura es el ámbito natural transformado por el hombre⁵⁴ en respuesta a una necesidad vital: “un proceso biológico *necesario*, porque un ser tan precariamente provisto por la naturaleza debe utilizarla, transformada, en apoyo de su propia y dudosa viabilidad”⁵⁵. Los imperativos que conducen a la transformación de la naturaleza merced

miento de la cultura, es decir, la *forma* que de modo regular y general adopta el devenir de los fenómenos sociales a través de los diversos artefactos que los dotan de *contenido* cultural; queda claro que, al menos para nuestros propósitos, la diferencia terminológica entre “cultura” y “sociedad” posee escasa relevancia.

⁵¹ MALINOWSKI, B. 1931., *op. cit.*, p. 126.

⁵² Como admite Malinowski: “todas las necesidades fisiológicas y espirituales se satisfacen indirectamente por medio de artefactos [culturales], incluso en las formas más primitivas de vida humana. El hombre de la naturaleza, el *Natürmensch*, no existe.” (MALINOWSKI, B. 1931., *op. cit.*, pp. 85-6). Así también Durkheim: “no podríamos pretender salirnos de la sociedad sin querer dejar de ser hombres” (DURKHEIM, É. 1906. Determinación del hecho moral. *En*: DURKHEIM, É. 1951. Sociología y filosofía. Buenos Aires. Kraft. p. 171).

⁵³ GEHLEN, A. 1960. El hombre y las instituciones. *En*: GEHLEN, A. 1961. Ensayos de antropología filosófica. Santiago. Universitaria (1973). pp. 94-5 [Destacado original suprimido]. En similares términos: MALINOWSKI, B. 1931., *op. cit.*, p. 85. Berger/Luckmann –que a este respecto siguen a Gehlen (BERGER, P. L. y LUCKMANN, T. 1967. La construcción social de la realidad. Buenos Aires/Madrid. Amorrortu (2005). p. 72 n. 16)– sostienen que, si bien “el orden social no se da biológicamente ni deriva de datos biológicos”, la “inestabilidad inherente al organismo humano *exige como imperativo* que el hombre proporcione un contorno estable a su comportamiento”. (*Ibid.*, p. 72 [Destacado agregado]). Esa necesidad antropológica de estabilidad se traduce en la necesidad de un orden social que se alcanza a través de la externalización: respuesta necesaria ante el hecho biológico de cierta constitución orgánica del ser humano.

⁵⁴ GEHLEN, A. 1957. Contribución a la historia de la antropología. *En*: GEHLEN, A. 1961., *op. cit.*, p. 31. Así también Malinowski: “El hombre, con objeto de vivir altera continuamente lo que le rodea. En todos los puntos de contacto con el mundo exterior, crea un medioambiente secundario, artificial.” (MALINOWSKI, B. 1931., *op. cit.*, p. 85).

⁵⁵ GEHLEN, A. 1957., *op. cit.*, p. 27 [Destacado agregado].

al desarrollo de la cultura remiten a su propia condición natural; como señala Malinowski: ella nace de la satisfacción de las necesidades biológicas⁵⁶. El modo animal de responder al entorno es ese aparato llamado “cultura” que tiene el peculiar efecto de cumplir su rol separándolo de su naturaleza animal⁵⁷.

Ahora, si la satisfacción de esas necesidades primarias obliga al hombre al actuar colectivo que adopta el nombre de cultura, desde el momento en que ese actuar se torna efectivo emergen nuevos imperativos que por cierto no cabría reconducir *directamente* a la satisfacción de necesidades orgánicas⁵⁸. Sin embargo, reconocer que estos requerimientos emanan en lo inmediato del aparato cultural –y no de la constitución biológica delo hombre– no implica que se trate de necesidades cualitativamente diversas, culturales en sentido estricto. La cadena de determinación causal que permite reconducirlas hacia el sustrato biológico subsiste; la mediación del aparato cultural simplemente aumenta su extensión sin afectar con ello su fuerza determinista: tanto la realidad cultural en su conjunto como cada imperativo derivado que emerge en su interior se encuentran plenamente articulados en función de su capacidad de satisfacer necesidades a-culturales de orden biológico. Recurriendo a los términos antes empleados, podría decirse que el efecto *inmediato* de satisfacción de exigencias culturales constituye un medio orientado a la causación del efecto *mediato* de satisfacción de los fines no-culturales sino fisiológicos que en primera instancia modelan la cultura de la que emergen. Estamos ante imperativos netamente instrumentales⁵⁹. Si necesidades animales obligan al hombre a distanciarse de su animalidad, “superándola” a través de la construcción de un aparato instru-

⁵⁶ MALINOWSKI, B. 1931., *op. cit.*, pp. 127; 96. “La cultura entonces nos aparece primero y principalmente como una vasta realidad instrumental [...] todo lo que permite al hombre *satisfacer sus requerimientos biológicos* con la cooperación y en un medio remodelado y ajustado.” (MALINOWSKI, B. 1939. El grupo y el individuo en el análisis funcional. En: BOHANNAN, P. y GLAZER, M. (Eds.). 1997. Antropología. Lecturas. Madrid. McGraw-Hill. pp. 289-90 [Destacado agregado]).

⁵⁷ MALINOWSKI, B. 1931., *op. cit.*, p. 127.

⁵⁸ MALINOWSKI, B. 1931., *op. cit.*, p. 96; MALINOWSKI, B. 1944., *op. cit.*, p. 51. Un cuadro sinóptico de las “necesidades biológicas y derivadas de su satisfacción en la cultura”, puede encontrarse en MALINOWSKI, B. 1939., *op. cit.*, p. 286.

⁵⁹ MALINOWSKI, B. 1931., *op. cit.*, pp. 96; 98; 105.

mental como la cultura⁶⁰; consecuentemente para Malinowski el funcionalismo ha de concebirse como “la teoría de la transformación de las necesidades orgánicas [primarias] en necesidades e imperativos culturales derivados”⁶¹.

Puede observarse que en la aproximación de Malinowski la conducta social se encuentra teleológicamente articulada de acuerdo a necesidades fisiológicas: “la teoría de la cultura debe basarse en los hechos biológicos”⁶². Los imperativos culturales son en efecto imperativos⁶³, pero hemos visto que su fuerza imperativa no les es propia, sino que deriva de los requerimientos fisiológicos respecto a los cuales resultan instrumentales –y en la medida en que lo sean–. El modo en que los artefactos culturales que organizan la vida en común resultan instrumentales a dichas necesidades constituye su *función*⁶⁴. Y esta articulación teleológico-funcional se caracteriza por abarcar exhaustivamente hasta el último rincón de la vida social: “tanto el más simple como el más complejo de los artefactos se define por su función, por el papel que juega dentro de un sistema de actividades humanas”⁶⁵.

Retomando el razonamiento anterior, podemos sostener que en el plano social la *función* que dota de sentido a la acción debe entenderse como función propiamente *social* en el sentido de que remite a su capacidad de satisfacer necesidades que la propia colectividad plantea. Una concreta sociedad posee determinada forma, es decir, una estructura que rige u ordena sus relaciones internas. La estructura social establece las posi-

⁶⁰ Cfr. MALINOWSKI, B. 1944., *op. cit.*, p. 50.

⁶¹ MALINOWSKI, B. 1939., *op. cit.*, p. 301.

⁶² MALINOWSKI, B. 1944., *op. cit.*, p. 49.

⁶³ “Pues el hombre está moldeado de tal forma que si se viera privado de su organización económica y de sus instrumentos [artefactos culturales] perecería con la misma seguridad que si se le retirara la sustancia de sus alimentos.” (MALINOWSKI, B. 1931., *op. cit.*, p. 96).

⁶⁴ “La función no admite ser definida sino como la satisfacción de necesidades por medio de una actividad en la cual los seres humanos cooperan, usan utensilios y consumen mercancías.” (MALINOWSKI, B. 1944., *op. cit.*, p. 52).

⁶⁵ MALINOWSKI, B. 1931., *op. cit.*, p. 92. Lo que supone una inequívoca adhesión a lo que, según vimos, Merton denomina “postulado del funcionalismo universal”. (MERTON, R. K., *op. cit.*, pp. 104-6).

ciones de las partes y sus relaciones mutuas y, de este modo, determina la función de las unidades constitutivas de acuerdo a la aptitud de su actividad para contribuir a la continuidad de la estructura que la articula. Por lo tanto, si el proceso social engloba el conjunto de actividades de las unidades que lo integran, la *función social* designaría la relación entre ese *proceso* y la *estructura* mediada por las *necesidades* que ésta formula y que el primero satisface.

En el funcionalismo de Malinowski el rol ordenador lo desempeña su concepto de cultura como aquel aparato instrumental que articula-estructura la posición e interacción de sus partes y, de esta suerte, define su respectiva función. Sin embargo, el poder estructurante por sobre el devenir social que ejerce el aparato cultural se encuentra totalmente privado de autonomía: su capacidad de estructurar, esto es, de formular necesidades sociales que doten de sentido funcional a la acción social, se encuentra supeditada a una estructura pre-existente, básica y superior: el sustrato biológico que impone las necesidades orgánicas del hombre como fin último al que –mediata o inmediatamente– todo actuar socio-cultural apunta⁶⁶. En última instancia, para Malinowski la estructura social se encuentra ya plenamente estructurada por la estructura biológico-natural del hombre: una función social no cumple sino una función biológica mediatizada y superficialmente reformulada por la cultura⁶⁷.

⁶⁶ En el mismo orden de ideas, Durkheim afirma que “por sí misma la civilización no tiene valor intrínseco y absoluto; lo que la hace estimable es que *corresponde a ciertas necesidades*” (DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, p. 63 [Destacado agregado]). Esto no obstante –como a continuación veremos– en su caso las necesidades que desde la estructura determinan la conformación de las funciones no son de orden biológico sino específicamente sociales –en particular, respecto al valor de la “civilización”, derivadas de la división del trabajo social–.

⁶⁷ Si para Leach “[l]a cultura proporciona la forma, el ‘vestido’ de la situación social”, en circunstancias que lo realmente significativo es “la pauta estructural subyacente y no la pauta cultural patente” (LEACH, E. R., *op. cit.*, pp. 38; 39); la metáfora podría extenderse a Malinowski y decirse que para él la cultura constituye el ropaje que contingentemente se adopta en un momento y espacio determinado como respuesta a la no-contingente estructura subyacente constituida por las necesidades orgánicas del ser humano.

De acuerdo a Radcliffe-Brown un rasgo característico de todo organismo animal es que “es posible observar la estructura orgánica de modo hasta cierto punto independiente de su funcionamiento”⁶⁸. Para Malinowski el fin último que articula íntegra y teleológicamente el sistema cultural que regula en lo inmediato la interacción social reside en el dato fáctico y atemporal de que el hombre posee un determinado –o plenamente determinable– número de necesidades biológicas que satisfacer. Estas necesidades, en tanto intrínsecas a la naturaleza del hombre, son, por lo tanto y tal como la estructura de la vida animal, susceptibles identificarse con total independencia de la actividad que de hecho desempeñan los agentes. Se sigue que en su teoría el intento de aplicar analógicamente la clave explicativa funcional desde lo biológico a lo social sólo opera bajo el supuesto implícito de que estamos ante esferas de realidad substantivamente homólogas.

En cambio, para Radcliffe-Brown en una sociedad humana, a diferencia precisamente de un organismo animal, “la estructura social como un todo sólo puede ser observada en su funcionamiento”⁶⁹. Aparece aquí el indicio de una importante diferencia entre la estructura que rige los fenómenos biológicos y aquella propia de la realidad social que nos permitirá distanciarnos de esta operación *analógica* en la medida en que, como hemos observado, deviene *homológica*. Podemos iniciar ese tránsito revisando la posición de Durkheim.

* * *

Durkheim y Mauss llevan a cabo el análisis de una operación mental tan familiar como la de clasificar: para nosotros –señalan– “clasificar cosas consiste en ordenarlas en grupos distintos entre sí, separados por líneas y demarcaciones claramente determina-

⁶⁸ RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1935., *op. cit.*, p. 206.

⁶⁹ RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1935., *op. cit.*, p. 206 [Destacado original suprimido].

das”⁷⁰. Investigando el modo en que esa operación tiene lugar en el marco de las representaciones colectivas de las sociedades primitivas⁷¹, concluyen que la fuente de la operación lógica que está en la base de la clasificación *no* puede encontrarse

(a) en el *objeto*: ya que, si una clase es un grupo de cosas, “las cosas no se presentan ellas mismas así agrupadas a la observación”⁷²; ni

⁷⁰ DURKHEIM, É. y MAUSS, M. 1901-02. Sobre algunas formas primitivas de clasificación. Contribución al estudio de las representaciones colectivas. En: DURKHEIM, É. 1996. Clasificaciones primitivas y otros ensayos de sociología positiva. Barcelona. Ariel. p. 26.

⁷¹ El análisis de las formas primitivas de clasificación conduce a la conclusión de que la manera como entendemos y practicamos esa operación de acuerdo a una noción de clase como “circunscripción de contornos fijos y definidos” es relativamente reciente. Que su historia sea reciente significa que cabe establecer un punto de cesura, un giro o ruptura respecto a la “prehistoria” de su sentido. Esta prehistoria se caracteriza por un “estado de indistinción” generalizado expresado en “la creencia en la posible transformación de las cosas más heterogéneas de una a otras y, por consiguiente, la más o menos completa ausencia de conceptos definidos”. (DURKHEIM, É. y MAUSS, M., *op. cit.*, pp. 26-7; 28). Los animales, los humanos y los objetos inanimados se inscriben sin solución de continuidad en el flujo de lo real; inscripción que autoriza transmutaciones, metamorfosis, fusiones, etc., entre entidades que, desde nuestra perspectiva, se encuentran objetivamente separadas por fronteras percibidas como evidentes. Teniendo a la vista ese estado de indistinción original, queda demostrado el condicionamiento histórico y, por tanto, la naturaleza contingente y no necesaria del modo de clasificación que intuitiva y aporoblemáticamente aceptamos hasta hoy.

⁷² DURKHEIM, É. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 30. A propósito de las representaciones individuales en general, señala en otro lugar Durkheim: “Se sabe [...] con qué esfuerzo alcanzamos a dar a los productos de la abstracción una especie de fijeza y de individualidad, siempre muy precaria, gracias al *artificio de la palabra*. ¡Tan lejos está esta división de hallarse conforme a la *naturaleza original de las cosas!*” (DURKHEIM, É. 1898., *op. cit.*, p. 96 [Destacado agregado]) Se sigue que la individualidad de las cosas – las representaciones (individuales y colectivas) constituyen para Durkheim “cosas” (*Ibid.*, p. 115)– es *artificialmente fijada* desde el exterior por un acto de nominación a través de la palabra que lo designa. Como se verá más adelante, esta línea del argumento de Durkheim puede explotarse fructíferamente en una aproximación al derecho como realidad institucional. Así, en este aspecto, su posición se aproxima significativamente a Bourdieu. Si para el primero el “artificio de la palabra” es capaz de aislar abstractamente un estado mental individual a partir de la complejidad indivisa del *continuum* psíquico en que se presenta (*Ibid.*, p. 96); para el segundo el acto de institución como operación de categorización constituye un “acto de magia social” con la capacidad, precisamente, de “producir lo discontinuo a partir de lo continuo”. (BOURDIEU, P. 1981., *op. cit.*, p. 116). De esta suerte, Bourdieu bien puede continuar la senda de Durkheim y sostener –en el marco de su problematización de la concepción marxista de “clase social”– que los grupos no están previa y definitivamente fundados en la realidad (BOURDIEU, P. 1987., *op. cit.*, p. 114). Ahora, como en su lugar también veremos, a partir de esta irreductible inconmensurabilidad entre el nombre (el lenguaje, las palabras, la forma) y lo nombrado (la cosa, el objeto, la materia) se desprende, como contracara de la dimensión constructivista ínsita en el acto de nominación clasificatorio, también su dimensión como *violencia*: el acto de fuerza que el nombre ejerce sobre la cosa nombrada; faceta sobre la que Nietzsche (NIETZSCHE, F. 1873. Sobre verdad y mentira en sentido extramoral. En: NIETZSCHE, F. y VAIHINGER, H. 2007. Sobre verdad y mentira. Madrid. Tecnos. pp. 15 y ss.) y, tras su huella, Fou-

(b) en el *sujeto* como facultad intrínseca a la razón humana: “[n]ada nos autoriza a suponer que nuestro espíritu, al nacer, lleva en sí el prototipo de toda clasificación”⁷³.

En realidad –continúan– todas las nociones lógicas presupuestas por la mecánica clasificatoria –la categoría de “género”, de “especie”, la operación de subsumir la segunda bajo la primera, etc.– serían de orden extra-lógico. El esquema de clasificación no sería un “producto espontáneo del entendimiento abstracto”⁷⁴, sino uno en cuya elaboración participan todo tipo de elementos extraños⁷⁵. ¿Cuáles son estos elementos ajenos a la lógica de la clasificación que sin embargo y desde el exterior la constituyen? O, en los términos antes empleados, ¿cuál es la estructura que determina que la actividad humana a nivel subjetivo-mental desempeñe esa función clasificatoria? Su conclusión es que las condiciones que determinan la génesis de la función clasificatoria son de naturaleza estrictamente *social*⁷⁶:

Bien lejos de que [...] hayan sido las relaciones lógicas de las cosas las que sirvieran de base a las relaciones sociales de los hombre, en realidad son estas las que han servido como prototipo de aquellas. [...] La sociedad no ha sido simplemente un modelo sobre el que el pensamiento

cault (FOUCAULT, M. 1973. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona. Gedisa (2010). pp. 9 y ss.), dirigen su atención. Véase *infra*. §II.1.3.

⁷³ DURKHEIM, É. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 30. No responde a una “necesidad interna del entendimiento” humano. (*Ibid.*, p. 31).

⁷⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 31.

⁷⁶ Posición que se encuentra en cierta tensión con postulados previos de Durkheim (1895) donde asume una postura más estrictamente objetivista que lo aproxima a la vertiente (a). En ese lugar enfatiza que la objetividad en el análisis de los hechos sociales depende de que se definan “en función, no de una idea del espíritu, sino de propiedades que le son *inherentes*”, es decir, que se los “caracterice por un elemento integrante de *su naturaleza*, no por su conformidad a una noción más o menos ideal”. Procediendo de esta manera –señala Durkheim– “el sociólogo se afirmará desde el primer momento en la realidad, pues la *manera de clasificar* los fenómenos ya no depende de su voluntad, de la textura especial de su espíritu, sino de la misma *naturaleza de las cosas*.” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, pp. 60; 60; 61 [Destacado agregado]). Esta tensión entre objetivismo-estructuralista y subjetivismo-constructivista se resolverá en Durkheim –como a continuación veremos– a favor del primero. Veremos también que la contradicción entre la afirmación de que el principio clasificatorio no puede hallarse en las cosas clasificadas sino en la sociedad y la adopción de un prisma epistemológico estrictamente objetivista, es sólo aparente, desde que para Durkheim la sociedad de la que emerge la operación de clasificación constituye en sí misma un hecho objetivo ha de tratarse, por consiguiente, como *cosa*.

clasificadorio habría trabajado, sino que son sus propios cuadros los que han servido de cuadros al sistema. Las primeras categorías lógicas fueron categorías sociales, de igual modo que las primeras clases de cosas han sido clases de seres humanos en los que las cosas han sido integradas.⁷⁷

Respecto al análisis de Malinowski, el argumento de Durkheim y Mauss supone un importante paso: el análisis estructural se amplía desde el desciframiento de la función de artefactos directamente tangibles o de instituciones dotadas de indiscutida objetividad –es decir, sólidamente consagradas por la historia: familia, matrimonio, etc.–, al análisis del modo en que semejante determinación estructural opera respecto a categorías del propio pensar. Y esta extensión del campo de análisis abarca operaciones del razonamiento que –y de aquí también lo significativo de su aporte a la evolución del pensamiento social– en el momento en que escriben se reconocen como válidas y participan, por consiguiente, del mismo discurso que se desarrolla con la finalidad de relativizar su validez. Con esto, el discurso retorna reflexivamente sobre sí mismo; las condiciones de validez del discurso científico se tornan objeto de estudio del discurso científico⁷⁸. Las operaciones lógico-mentales propias de sus métodos dejan de considerarse facultades “dadas de inmediato en la constitución del entendimiento individual”⁷⁹ y son redefinidas en su naturaleza como “instituciones sociales” para someterse luego, como todo fenómeno social, al análisis sociológico⁸⁰. Así, para Durkheim y Mauss una clasificación no hace sino *expresar* la sociedad en el seno de la cual se ha elaborado⁸¹.

⁷⁷ DURKHEIM, É. y MAUSS, M., *op. cit.*, pp. 97-8.

⁷⁸ Las consecuencias últimas serán que la propia noción de “estructura social” se desacople de la realidad dejando de concebirse como una propiedad inscrita en el *objeto* de análisis para redefinirse como un *método* de análisis: “El término ‘estructura social’ –señala Lévi-Strauss– *no* está relacionado en absoluto con la realidad empírica, sino con los modelos que se han construido a partir de ésta.” (LÉVI-STRAUSS, C. 1953. La estructura social. *En*: BOHANNAN, P. y GLAZER, M. (Eds.). 1997. Antropología. Lecturas. Madrid. McGraw-Hill. p. 441 [Destacado agregado]). En palabras de Leach: “Las estructuras que describe el antropólogo son modelos que existen solamente como construcciones lógicas en su propia mente”. (LEACH, E. R., *op. cit.*, pp. 26-7).

⁷⁹ DURKHEIM, É. y MAUSS, M. *op. cit.* p. 25.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 25-6.

⁸¹ *Ibid.*, p. 84. Estaríamos ante lo que Leach denomina un “sistema simbólico”. A su juicio, el ritual y el mito de una comunidad primitiva comparten con los modos de clasificación revisados por Mauss

Hay aquí dos aspectos para nuestros fines relevantes.

(a) Si la función de un ente está determinada por su posición en la estructura y si ésta se mantiene en la medida en que su operación en efecto tenga lugar, al trasladar este esquema a la comprensión de lo social, la relación entre ambas dimensiones se torna más compleja ya que, como indicaba Radcliffe-Brown, sólo puede accederse a la estructura a través de la observación de las funciones. Ahora bien, esta tesis puede recibir dos interpretaciones con disímiles consecuencias.

(i) Literalmente la afirmación de Radcliffe-Brown⁸² supone una tesis de orden puramente metodológico: si la estructura está conformada por relaciones, sólo podemos conocer esas relaciones conociendo la actividad de las partes relacionadas en que esa relación se encarna como facticidad epistemológicamente accesible; es decir, observando su funcionar. El fenómeno social se aprehende (a) primero en forma de *regularidades* conductuales a nivel fáctico; (b) luego a partir de esas regularidades se extraen inductivamente patrones que, entonces –es decir, *a posteriori*–, se reformulan como directrices para ser retroactivamente imputadas como causa de esas regularidades, esto es, como *estructura*; (c) regularidades que, de esta suerte, se redefinen como efectos determinados a partir de la estructura social en que se insertan, es decir, como *funciones*⁸³.

(ii) Desde otra perspectiva, el enunciado de Radcliffe-Brown puede leerse no como una estrategia metodológica –un imperativo cognoscitivo, un rodeo tan-

y Durkheim –o con el modelo idealizado empleado por el estructuralismo– una “estructura” común: constituyen todos “formas de exposición simbólica del orden social”. (LEACH, E. R., *op. cit.*, pp. 35; 36). De esta suerte, tal como una clasificación *expresa* la sociedad que la engendra (DURKHEIM, É. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 84), “el ritual *hace explícita* la estructura social” (LEACH, E. R., *op. cit.*, p. 37 [Destacado agregado]).

⁸² “En un organismo animal es posible observar la estructura orgánica de modo hasta cierto punto independiente de su funcionamiento. Es, por tanto, posible hacer una morfología independiente de la fisiología. Pero en una sociedad humana, la estructura social como un todo sólo puede ser *observada* en su funcionamiento. [...] Síguese de aquí que una morfología social no puede establecerse con independencia de una fisiología social.” (RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1935., *op. cit.*, p. 206 [Destacado original]).

⁸³ Cfr. RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1940., *op. cit.*, pp. 217, 226.

gencialmente impuesto por exigencias de orden epistemológico— sino como una tesis en materia de *ontología social*: si sólo observando el funcionar de la interacción social puede identificarse la estructura subyacente es *porque* la estructura subyacente emerge y subsiste como fruto de ese interactuar.

Esta tesis difiere en naturaleza de la anterior no siendo éstas, por tanto, necesariamente incompatibles: puede admitirse (o no) la necesidad de observar la actividad de los sujetos para conocer la estructura que la regula y rechazarse (o no) la tesis de que la esa estructura existe como producto de la actividad de los sujetos de hecho regulados.

Ambas tesis irán de la mano cuando el concepto de “explicación” científica al interior del cual surge la lectura (i) como postulado metodológico se encuentre condicionado en su validez a los presupuestos ontológicos contenidos en la lectura (ii). En concreto: si explicar un fenómeno social consiste en desentrañar sus causas, y sus causas denotan aquellos eventos de los que su existencia como efecto depende —de los que emerge y depende su ser—; se sigue que la observación de las actividades subjetivas sólo pueden explicar el fenómeno social que encarnan revelando la estructura que las determina en la medida en que se conciban en alguna medida como las causas de las que depende la existencia de la estructura como su efecto.⁸⁴

En el texto en análisis, la posición de Durkheim y Mauss parece apuntar en este último sentido. Coincidiendo con Radcliffe-Brown en que una “morfología social” (estructura) no puede enunciarse científicamente con independencia de una “fisiología social” (función)⁸⁵, postulan reglas metodológicas para acceder a la objetividad estructural subyacente a la superficie del actuar subjetivo; pero van más allá. Junto a la hipótesis epistemológica sugieren una ontológica: afirman que un fenómeno social estructurado

⁸⁴ Suscribir la tesis epistemológica implica para Durkheim un compromiso —al menos parcial— con la tesis ontológica: “*Puesto que estas prácticas* [hábitos colectivos cristalizados en formas definidas, en ‘hechos de estructura social’, por ejemplo] *no son más que la vida social consolidada, es legítimo, salvo indicaciones contrarias, estudiar ésta a través de aquéllas.*” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 68 [Destacado agregado]).

⁸⁵ RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1935., *op. cit.*, p. 206.

(el clasificar) sólo *existe* como un funcionar sedimentado; o, como en otro lugar señala Durkheim, que las “maneras de ser” (estructuras) *son* “maneras de hacer” (funciones) consolidadas⁸⁶.

Si, desde este punto de vista, las categorías lógicas del pensamiento no pre-existen objetivamente en la naturaleza de los objetos del conocimiento o de los sujetos cognoscentes, son, por consiguiente, un producto socialmente construido; un “hacer consolidado” a través de un proceso de *objetivación*: “el mecanismo en virtud del cual construimos, proyectamos al exterior y localizamos en el espacio nuestras representaciones del mundo sensible”⁸⁷. Este concepto introduce el principio activo en virtud del cual puede operar una forma de construcción social de la realidad: objetivación como proceso de externalización de la subjetividad. Denota, por ende, una dimensión estructurante o, como la denominaremos, instituyente⁸⁸. De este gesto cabría derivar consecuencias trascendentales como las enunciadas por Bourdieu:

Con Durkheim, las formas de clasificación dejan de ser formas universales (trascendentales) para convertirse [...] en *formas sociales*, es decir arbitrarias (relativas a un grupo particular) y socialmente determinadas.⁸⁹

⁸⁶ DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 43. Para Durkheim, por ejemplo, “La estructura política de una sociedad no es más que la manera como los distintos segmentos que la componen han tomado la costumbre de vivir entre sí.” (*Ibid.*, p. 43) En la misma línea, Searle postula la primacía del *proceso* sobre el *producto*: “Lo que entendemos como *objetos* sociales, gobiernos, dinero y universidades, por ejemplo, son de hecho meras reservas de plaza para ubicar patrones de *actividades*.” En cierto sentido –señala– “*el objeto no es sino la posibilidad continuada de la actividad*. Un billete de veinte dólares, por ejemplo, es una constante posibilidad de pagar algo.” (SEARLE, J. 1995., *op. cit.*, pp. 73; 54 [Destacado original]).

⁸⁷ DURKHEIM, É. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 25.

⁸⁸ De acuerdo a Berger/Luckmann: “El proceso por el que los productos externalizados de la actividad humana alcanzan el carácter de objetividad se llama objetivación”; el mundo institucional “es actividad humana objetivada, así como lo es cada institución de por sí.” (BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, p. 83).

⁸⁹ BOURDIEU, P. 1977., *op. cit.*, p. 90 [Destacado original].

(b) Pero, por otro lado, si Durkheim admite la génesis social de las representaciones colectivas, lo hace de tal modo que la dimensión constructivista germinalmente implícita en su planteamiento resulta neutralizada. Que sólo observando el funcionar de la interacción social pueda identificarse la estructura subyacente no significa, como aparentaba, que la estructura subyacente sea *producto* de ese interactuar. La tesis ontológica es formulada de tal modo que la dimensión instituyente es suprimida para retornar a un modelo estructuralista de determinación extrínseca –heterónoma– de la realidad social. Veamos cómo.

Durkheim y Mauss nos señalan que si bien la operación clasificatoria aparece guiada por una finalidad especulativa⁹⁰, el factor determinante respecto al modo en que los sistemas clasificatorios se articulan no es de orden intelectual-volitivo-racional sino netamente emocional –y, por consiguiente, irracional y no condicionado ni susceptible de sujetarse a la voluntad–: son los mismos sentimientos que están en la base de la organización doméstica, social, etc., los que presiden la distribución lógica de las cosas⁹¹. Las relaciones sociales extra-lógicas de las que emergen las categorías lógicas de que se sirve la clasificación remiten a estados de ánimo colectivos irreductibles a las conciencias individuales; es decir, remiten no a sujetos particulares sino a la sociedad como tal⁹²:

...si la totalidad de las cosas es concebida como un sistema único, es porque la propia sociedad es concebida de la misma manera. En efecto, la sociedad es un todo, o más bien es el *todo* único al que todo es remitido. Así, la jerarquía lógica no es sino otro aspecto de la jerarquía social y

⁹⁰ “Su objeto no es facilitar la acción, sino hacer comprensibles, convertir en inteligibles las relaciones que existen entre los seres.” En particular, las clasificaciones primitivas estudiadas estarían destinadas “a asociar las ideas entre ellas y a unificar el conocimiento; en ese sentido, puede decirse sin inexactitud que son obra de la ciencia y constituyen las primeras filosofías de la naturaleza”. (DURKHEIM, É. y MAUSS, M., *op. cit.*, pp. 96; 97).

⁹¹ *Ibid.*, p. 100.

⁹² Son “las afinidades sentimentales entre las cosas como entre los individuos” las que han dado a luz las clasificaciones entre objetos cuyos “caracteres más fundamentales no hacen sino expresar la manera como dichas cosas afectan la sensibilidad social” (*Ibid.*, pp. 100; 101).

la unidad del conocimiento no es otra cosa que la unidad misma de la colectividad, extendida al universo.⁹³

Del hecho de que la fuente de la determinación de los conceptos teóricos sea de naturaleza colectiva y emocional⁹⁴ se sigue una importante consecuencia de cara a la relación entre la estructura social que determina la génesis de dicha categoría y el agente social al interior de cuya consciencia individual opera la categoría estructuralmente definida:

La presión ejercida por el grupo social sobre cada uno de sus miembros no permite a los individuos juzgar en libertad nociones que la propia sociedad ha elaborado y en las que ha depositado algo de su personalidad. Semejantes construcciones son sagradas⁹⁵ para los particulares.⁹⁶

Esta es la posición de Durkheim respecto a lo que denomina “hechos sociales”, esto es, “maneras de obrar, de pensar y de sentir, *exteriores al individuo* y que están dotadas de un *poder coactivo*, por el cual se le imponen”⁹⁷:

...las maneras colectivas de obrar o de pensar tienen una realidad independiente de la de los individuos, la cual se conforma a aquélla en todos los momentos. Son cosas que tienen su existencia propia. El individuo las encuentra completamente formadas, y no puede hacer que no sean o que sean de otra manera de lo que son; está, pues, obligado a tenerlas en cuenta, y le es tanto más difícil (no decimos imposible) modificarlas, en

⁹³ *Ibid.*, p. 99 [Destacado original].

⁹⁴ Estados que desafían “el examen crítico y razonado” (*Ibid.*, p. 102).

⁹⁵ “El objeto sagrado nos inspira, si no el temor, al menos un respeto que nos aparta de él, que nos coloca a distancia; y al mismo tiempo, es motivo de amor y de deseo, es decir, provoca en nosotros una tendencia a aproximarnos, a acercarnos” (DURKHEIM, É. 1906., *op. cit.*, p. 158). Esta ambivalencia propia de lo sacro es característica de todo hecho social. Se sigue de ello que enfatizar unilateralmente su dimensión coercitiva favorece una comprensión distorsionada. Antes bien, “si las instituciones se nos imponen, también nos adherimos a ellas: nos obligan y las amamos: nos coaccionan y, sin embargo, sacamos ventajas de su funcionamiento y de la misma coacción.” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 28, n. 4).

⁹⁶ DURKHEIM, É. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 102.

⁹⁷ DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 36 [Destacado agregado]. También definido con énfasis en su “influencia coercitiva sobre las conciencias particulares” (*Ibid.*, p. 28) o “el poder de coerción externa que ejerce o es susceptible de ejercer sobre los individuos” (*Ibid.*, p. 41).

cuanto, en grados diversos, participan de la supremacía material y moral que la sociedad tiene sobre sus miembros.⁹⁸

La estructura adopta una naturaleza netamente objetiva, como realidad externa, coercitiva. Si una manera colectiva de obrar o de pensar –como la operación de clasificación– parece ser una construcción subjetiva, es porque “somos víctimas de una *ilusión* que nos hace creer que hemos elaborado por nosotros mismos lo que se nos impone desde afuera”⁹⁹. Lejos de ello, para Durkheim “[e]l carácter convencional de una práctica o de una institución no debe presumirse *nunca*”¹⁰⁰. La realidad objetivamente apprehendida por el análisis científico muestra más bien el escenario el opuesto: “todos los fenómenos sociales, sin excepción, se imponen al individuo desde afuera”¹⁰¹. De su coerción consustancial emergen exigencias, exigencias a cuya satisfacción se orienta la operación de las partes. Esa operación favorece al todo social y en esa medida constituye su función. La relación de la entidad particular con el todo social será funcional en la medida en que responda coherente o adaptativamente a las exigencias que el ente “sociedad” formula.

En consecuencia, que las “relaciones lógicas de las cosas” encuentren su “prototipo” en “las relaciones sociales de los hombre”¹⁰² no significa que sean el producto de su (inter)actuar espontáneo, consciente, voluntario y/o deliberado, por la sencilla razón

⁹⁸ *Ibid.*, p. 30.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 38 [Destacado agregado]. “Nuestros juicios son truncados, desnaturalizados, a cada instante, en virtud de los juicios inconscientes; no vemos sino aquello que nuestros prejuicios nos permiten ver, en tanto ignoramos por completo nuestros propios prejuicios.” (DURKHEIM, É. 1898., *op. cit.*, p. 111).

¹⁰⁰ DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 55. La proximidad de esta posición respecto a lo que en la tradición de pensamiento marxista se entiende por *reificación* es indiscutible. Berger/Luckmann entienden por reificación “la apprehensión de los productos de la actividad humana *como* si fueran algo distinto de los productos humanos”. Lo crucial a este respecto es saber “si el hombre conserva conciencia de que el mundo social, aun objetivado, fue hecho por los hombres, y de que éstos, por consiguiente, pueden rehacerlo.” Defendiendo a Durkheim de la acusación de que su noción de “hecho social” presupone una concepción reificada de la realidad social, aseveran que su tesis “significa solamente postular la objetividad de los hechos sociales *como productos humanos*.” (BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, pp. 114; 115; 115 n. 59). Defensa que contradice al propio Durkheim, para quien –de acuerdo al citado texto– la aseveración de Berger/Luckmann reposaría sobre la misma ilusión respecto a la convencionalidad de la realidad social objeto de su crítica.

¹⁰¹ DURKHEIM, É. 1898., *op. cit.*, p. 118.

¹⁰² DURKHEIM, É. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 97.

de que para Durkheim el (inter)actuar social por regla general no es ni espontáneo, ni consciente, ni voluntario, ni deliberado. Antes bien, lo contrario es lo cierto, y tras las relaciones sociales en apariencia liberadas de una determinación normativa directa, cabe identificar una fuerza coactiva cuasi-absoluta: lo que denominamos *estructura* y que define su condición de *hecho* social. Si para Durkheim las primeras categorías lógicas fueron categorías sociales¹⁰³, una “categoría social” no es en ningún caso producto del auto-despliegue o interacción de consciencias individuales; lo que se *expresa* a través de categorías lógicas no es la consciencia de los sujetos individualmente considerados sino la *consciencia colectiva* como tal¹⁰⁴: son nociones que *la propia sociedad*, y no los individuos que la componen, ha elaborado¹⁰⁵. No se trata por tanto de un “antropocentrismo” sino de un “sociocentrismo”¹⁰⁶: “El centro de los primeros sistemas de la naturaleza no es el individuo, sino la sociedad. *Es ésta la que se objetiva, y no el ser humano*”¹⁰⁷.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 97-8.

¹⁰⁴ “El conjunto de las creencias y de los sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad, constituye un sistema determinado que tiene su *vida propia*, se le puede llamar la *conciencia colectiva o común*. Sin duda que no tiene por substrato un órgano único; es, por definición, difusa en toda la extensión de la sociedad; pero no por eso deja de tener caracteres específicos que hacen de ella una *realidad distinta*. En efecto es independiente de las condiciones particulares en que los individuos se encuentran colocados; ellos pasan y ella permanece. Es la misma en el Norte y en el Mediodía, en las grandes ciudades y en las pequeñas, en las diferentes profesiones. Igualmente, no cambia con cada generación sino que, por el contrario, liga unas con otras las generaciones sucesivas. Se trata, pues, de cosa muy diferente a las conciencias particulares, aun cuando no se produzca más que en los individuos. *Es el tipo psíquico de la sociedad...*” (DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 94-5 [Destacado agregado]).

¹⁰⁵ DURKHEIM, É. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 102.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 101. Se trata de una aplicación particular de la regla general para el estudio de los hechos sociales: “no teniendo al individuo por sustrato, es evidente que no pueden tener otro que la sociedad...” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 37).

¹⁰⁷ DURKHEIM, É. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 101 [Destacado agregado]. Como todo fenómeno social, debe entenderse que este modo de pensar “[e]xiste en cada parte porque está en el todo, lejos de que esté en el todo porque está en las partes.” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 41). Si “las representaciones colectivas son exteriores a las conciencias individuales, es porque ellas no provienen de los individuos tomados aisladamente, sino en su conjunto”. El resultado de la combinación de las representaciones individuales supera –sostiene Durkheim– “cada uno de los espíritus individuales, del mismo modo exactamente como el todo supera cada una de las partes. Dicha resultante está en la conjunción, toda vez que por conjunción se logra. [...] [E]s el agregado en su totalidad lo que debe tomarse en consideración; pues *es ese conjunto el que piensa, el que siente, el que quiere*, aunque no pueda querer, sentir o influir sino por

Durkheim está consciente de las falencias de la explicación de lo social según la lógica del determinismo causal. A su juicio lo social no debe entenderse ni como producto inmediato de una materialidad orgánica, ni como fruto de la subjetividad individual. Ambas posiciones comparten para Durkheim un mismo error en tanto presuponen que “la sociedad no es nada en sí misma”¹⁰⁸. Para sustraerse a ambas líneas explicativas y constituir a “la sociedad” como el objeto de estudio que juzga propio de la sociología, asume esta difícil posición.

(a) Por un lado, rechaza el determinismo físico-materialista: la realidad social es real mas no es una realidad material en el sentido de que pueda reducirse a, o derivarse de, su sustrato orgánico, ni explicarse exhaustivamente como el efecto de determinaciones causales provenientes de aquél¹⁰⁹. Si un *hecho* social no puede entenderse derivación de la realidad físico-orgánica entonces carece de ese tipo de realidad. Si no pre-existe como fenómeno natural, su facticidad denota un estatus ontológico *sui generis* socialmente construido.

(b) Mas, por otro lado, rechaza la posibilidad de un determinismo psíquico-idealista: si un hecho social es una realidad construida, la operación constructiva no emana de las subjetividades individuales que componen el colectivo; no podría hacerlo habida consideración de que sobre ellas el hecho social opera en sentido inverso, a saber, como exterioridad coercitiva.

En suma, lo social es realidad fáctica –condición para su aprehensión científica– sin ser un objeto derivable de la facticidad natural. Es, por ende, una facticidad produci-

intermedio de las conciencias particulares.” (DURKHEIM, É. 1898., *op. cit.*, pp. 119; 120 [Destacado agregado])

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 132.

¹⁰⁹ Para Durkheim, la sociología “sólo podía nacer el día en que se presintió que los fenómenos sociales, aun sin ser materiales, no dejan por eso de ser cosas reales que permiten su estudio.” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 31). El error de los sociólogos biologicistas radicaría en su pretensión de inducir las leyes de la sociología a partir de las leyes de la biología obviando el dato crucial de que, si las primeras re-aparecen en la vida social, lo hacen bajo formas nuevas y específicas. (DURKHEIM, É. 1898., *op. cit.*, p. 78).

da; *objeto en tanto objetivado*. Mas la autonomía disciplinaria de la sociológica pende de la autonomía de su objeto de estudio, es decir, de que su condición de objeto no dependa de factores extrínsecos. Lo que su sistema teórico se propone, pues, es considerar lo social en sí mismo desde sí mismo¹¹⁰. Aquí Durkheim da el paso con que neutraliza la dimensión subjetivo-constructivista (a) y afirma su posición objetivo-estructuralista (b). Al sostener, de acuerdo a la primera dimensión, que las formas de clasificación eran expresión de formas sociales y, por consiguiente, socialmente construidas, se inscribe en la corriente de cierto idealismo neokantiano a partir del cual cabría sostener que “la objetividad del sentido del mundo se define por el acuerdo de las subjetividades estructurantes (*sensus=consensus*)”¹¹¹. Pero, acto seguido, encabeza el movimiento que –de acuerdo a Bourdieu– marca la ruptura del estructuralismo con la tradición desde la cual esa tesis constructivista cabría formularse:

...a diferencia de la tradición neokantiana, que ponía el acento en el *modus operandi*, en la actividad productiva de la conciencia, la tradición estructuralista privilegia el *opus operatum*, las estructuras estructuradas.¹¹²

Durkheim no se enfoca sobre la actividad *productiva* de la conciencia, sino sobre la actividad de la que la conciencia es *producta*. En tanto produce la conciencia, ha de serle *exterior*; en tanto exterior al sujeto, la actividad productora de su conciencia ha de residir en un *objeto*. La “actividad productiva de la conciencia” no es propiamente estructurante, o lo es única y exclusivamente *en tanto* estructurada: en caso de poder considerarse conciencia *productiva*, lo es *en tanto producida*. La opción por la estructu-

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 126. Durkheim sienta así las bases del estructuralismo como prisma epistemológico: “El análisis estructural constituye el instrumento metodológico que permite realizar la ambición neokantiana, de aprehender la lógica específica de cada una de las ‘formas simbólicas’: procediendo, según el deseo de Schelling, a una lectura propiamente *tautegórica* (en oposición a otra alegórica) que sólo refiere el mito a sí mismo, el análisis estructural tiende a despejar la estructura inmanente a cada producción simbólica.” (BOURDIEU, P. 1977., *op. cit.*, p. 91 [Destacado original]). Sobre el concepto de “estructura social” como instrumento metodológico, véase: LÉVI-STRAUSS, C., *op. cit.*

¹¹¹ BOURDIEU, P. 1977., *op. cit.*, p. 90.

¹¹² *Ibid.*, p. 91.

ra (*opus operatum*) desplaza totalmente el significado que se le adscribe a la subjetividad (*modus operandi*): de operación estructurante pasa a concebirse como operación estructurada. En otras palabras, se pasa de ver la objetividad social como manifestación objetiva de la subjetividad, a ver la subjetividad como manifestación subjetiva de la objetividad social. Encontrar esa estructura objetiva que determina la lógica interna de lo social, conduce a Durkheim a formular lo que según vimos llama un *sociocentrismo*: la génesis de los hechos sociales en su facticidad es social, pero aquello que adopta la forma de un hecho no es la subjetividad humana sino la propia sociedad.

Para concluir con esta breve revisión de la teoría de Durkheim debemos enfatizar que la dimensión de objetividad coercitiva de la realidad social sobre la que insiste, apunta a un factor, a nuestro juicio, irrefutable. Nuestra crítica se dirige no al justificado reconocimiento de dicha dimensión, sino al sesgo que supone centrarse unilateralmente en esa faceta del fenómeno, la estructura y la función social. Lo incorrecto es obviar que estamos ante dos caras de la realidad social que, por lo demás, los propios Durkheim y Mauss claramente identifican:

Lo que caracteriza a estas [clasificaciones] es que las ideas aparecen organizadas a partir de un modelo que ha sido provisto por la sociedad. Pero una vez que esta organización de la mentalidad colectiva existe, es susceptible de volverse sobre su causa y contribuir a modificarla.¹¹³

Ahora, ci Durkheim admite que un sustrato de lo real adquiere existencia en virtud de un acto social que lo construye, lo hace bajo un prisma en que decididamente prima la dimensión objetivista: se procede rápidamente a reducir la contracara creativo-constructivista circunscribiéndola a un espacio directa y rígidamente estructurado; producto enteramente determinado por la entidad supraindividual “sociedad” que, como el todo que se instancia en la subjetividad de sus partes, ostenta un estatus ontológico independiente de la consciencia volitiva de los agentes que participan de su génesis.

¹¹³ DURKHEIM, É. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 52.

Así, la propuesta de Durkheim no logra hacerse cargo de la oposición entre lo que luego se denominará estructuralismo y constructivismo; la primera dimensión absorbe por completo la segunda: la indeterminación inherente a todo acto de construcción-institución es neutralizada mediante la inscripción de la operación en una estructura-instituida que la determina plenamente¹¹⁴. Si las categorías conceptuales son desubstancializadas para entenderse manifestación de una estructura subyacente, no es para descartar la dinámica determinista y los presupuestos ontológicos de la lógica de las substancias. Con Durkheim la naturaleza de la estructura muta desde imperativos reconducibles a necesidades orgánicas hacia necesidades sociales en sentido estricto; pero el determinismo mecánico conserva intacta su fuerza y la estructura su objetividad. Con esto se retorna a la misma dinámica que de modo más evidente operaba en Malinowski: tan sólo se desplaza la fuente de la fuerza determinista desde la naturaleza hacia la sociedad; pero ésta, como realidad *sui generis*, aparece dotada de una objetividad homologable a la de las necesidades biológicas de Malinowski, facticidad que entonces permite su accesibilidad cognoscitiva como objeto de un análisis sociológico científico-positivista.

* * *

Esto es relevante para el específico segmento de realidad social en análisis: el derecho. Si la función de una entidad viene determinada por las exigencias emanadas de la estructura social; del carácter de esta estructura, de la manera en que se constituye en estructura, derivan consecuencias fundamentales para la comprensión de la naturaleza y

¹¹⁴ Como señala Castoriadis: "...la creación presupone, tanto como la alienación, la capacidad de darse lo que no es (lo que no es dado en la percepción, o lo que no es dado en los encadenamientos simbólicos del pensamiento racional ya constituido)". (CASTORIADIS, C., *op. cit.*, p. 214). En otras palabras, la *autodeterminación* presupone el espacio de libertad basado en un estado de *indeterminación* que el *determinismo* estructuralista suprime.

función del derecho. En particular, si ésta se entiende dotada de una existencia propia epistémicamente accesible a partir de la observación del funcionar de las partes que regula pero existente con total independencia de ese funcionar, es decir, como una estructura que determina a las partes sin ser a su vez determinada en su existencia, forma o subsistencia por la voluntad de los sujetos determinados; se sigue que el derecho carecerá por definición de todo poder constructivo-instituyente: no puede concebirse como instrumento de auto-regulación conscientemente de la vida en común articulada por los mismos agentes que de ella participan –autonomía–. Como en la siguiente sección veremos, desde esta perspectiva el derecho debe limitarse a transcribir y codificar patrones conductuales que *de facto* pre-existen con independencia de la voluntad de los individuos; salvaguardando la continuidad de una estructura previamente dada mediante la mantención inalterada de las relaciones sociales que de hecho ya articula.

Para comprender el derecho y su función debe explorarse la naturaleza de esa realidad social de la que no es sino un fragmento. Para ello ha de ampliarse el foco de atención desde la unilateral consideración de su dimensión objetiva hacia el proceso en virtud del cual adquiere objetividad, es decir, debe analizarse el *proceso de objetivación*. El hecho social no ha de aparecer únicamente en su calidad de hecho social *dado* y, por tanto, de *estructura estructurante*, sino también en su dimensión de hecho social *puesto* y, por ende, de *estructura estructurada*, esto es, existente *en tanto* socialmente articulada fruto de un proceso de *estructuración*.¹¹⁵

Si la estructura social está sujeta a la acción modeladora –potencialmente consciente y, por ende, volitiva-teleológicamente articulada– de las partes, las “necesidades sociales” son –al menos parcialmente– artificiales en tanto construidas, es decir, en tanto socialmente erigidas como tales. Si el todo social es construido, las exigencias que defi-

¹¹⁵ Desde la plataforma durkheimiana esta dimensión resulta de suyo ininteligible: “los fenómenos sociales son cosas” y “es *cosa* todo lo que es *dado*, todo lo que se ofrece, o mejor, lo que *se impone* a la observación.” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, pp. 54-5 [Destacado agregado]).

nen la posición estructural de las partes y sus correlativas funciones son también construidas, funciones históricamente (contingentemente) adscritas, no recogidas del devenir autárquico de lo social objetivo. Entonces, la estructura no sólo se identifica a través del interactuar social en el transcurso de un rodeo meramente epistemológico, sino que ese interactuar participa en la definición de la estructura y por consiguiente también en la definición de las funciones que luego retornan hacia ellos en la forma *ahora* de imperativos externos dotados de cierta autonomía ontológica y fuerza coercitiva propia.

Posar la vista sobre este proceso supone insertar frente a la perspectiva estructuralista-objetivista su contracara constructivista-subjetivista. Debe abrirse un espacio a, y otorgarle el peso que merece, a la subjetividad estructurante, sin replicar con ello en sentido inverso el vicio criticado y adscribirle primacía y autonomía lógico-ontológica respecto a la estructura objetiva desde la que, sin duda, inexorablemente se plantea. Ambos aspectos deben abordarse sin obliterar la tensión y recíproca determinación que permea su relación.

La comprensión del derecho exige, en suma, separarse del determinismo causalista que lo reduce a la condición de reflejo más o menos inmediato de un sustrato de realidad que desde el exterior fija las necesidades que teleológicamente articulan la forma que históricamente adopta. Si el derecho aparece como una realidad dotada de cierta objetividad, hemos de posar la atención sobre el proceso de objetivación subjetivo-colectivo que lógicamente condiciona y precede la adquisición de ese estatus. Esto demanda comprender el derecho como realidad social *en tanto* socialmente construida. Para esto nos serviremos a continuación de la noción de “institución”: tanto en su sentido activo como acto de institución u operación instituyente (estructurante), como en su dimensión objetiva de acto u operación instituida (estructurada).

1.4. Institución

El concepto de “institución” no es ajeno a la perspectiva funcionalista que englobamos bajo el rótulo de determinismo estructural. Durkheim, Radcliffe-Brown, Malinowski y Gehlen, por ejemplo, incorporan dicho concepto de un modo que resulta plenamente conciliable con su marco conceptual y, por lo tanto, incompatible con el que propondremos. Lo hacen enfatizando la dimensión objetiva según la cual la institución

(a) existe como estructura con independencia de la voluntad de los agentes cuya función en un sistema social define; y

(b) se encuentra dotada de una fuerza coercitiva que desde el exterior impone directrices de conducta (funciones, roles) a los agentes sociales.

La operación de coerción extrínseca (b) es indiscutiblemente un dato inherente a toda institución, por derivación inherente al derecho y, aún más evidentemente, al derecho penal. De hecho, la realidad institucional aparece en la vida social como algo dotado de objetividad. De esa dimensión depende su poder coactivo, la fuerza vinculante de las normas que tipifican patrones de corrección normativa particularizados en directrices de conducta, reglas que inciden motivacionalmente sobre los agentes institucionalmente tipificados como sus destinatarios y que sustentan el reproche social que surge para la condena de conductas que se desvían de los cauces codificados. En el caso del derecho, de dicha faceta pende la fuerza de las reglas que avalan el recurso a la violencia fáctica que mediatiza la imposición coactiva de la conducta prescrita y que justifican, en el caso del derecho penal, la adscripción al infractor del deber de soportar un castigo y su efectiva imposición en forma de privación, dolor o sufrimiento. Por ende, postular un análisis del derecho que omita esta dimensión sería a todas luces insostenible.

Es, empero, también imprescindible advertir que se trata de *una* dimensión del fenómeno, dimensión que, a nuestro juicio, debe entenderse en el marco de una operación de mayor alcance que resulta incompatible con la tesis (a) en la medida en que *a priori* y conceptualmente excluye la posibilidad de concebir la estructura de la que emerge la coacción como el producto de un acto social en que –de modo potencialmente deliberado– se instituye. Si la estructura social adquiere estatus de objetividad en forma de institución y de este modo define la función de los agentes cuyas relaciones regula codificándolas, es únicamente como efecto de un continuo proceso de objetivación que reposa exclusivamente en la acción virtualmente consciente de los mismos.

Debe procederse a revisar esta otra dimensión de los fenómenos sociales donde – como hemos visto– la función de las entidades que lo componen aparece determinada por una específica estructura social, pero donde al mismo tiempo –como veremos– ésta es construida y sostenida en virtud de una operación estructurante o instituyente en que los propios actores sujetos a la coacción estructural de la realidad institucionalmente objetivada pueden, en principio, participar. Antes de ello, empero, habrá que examinar el modo en que la noción de “institución” es acoplada en su faceta de realidad instituida a la comprensión determinista para, evidenciando sus falencias, abrir un espacio para el análisis de la operación instituyente; completando de este modo el aparato conceptual que nos permitirá comprender la función social del derecho y, en su interior, de la pena.

1.4.1. Institución social

Como indicamos, la posición funcional-estructuralista es capaz de incorporar la noción de institución dentro de su aparato conceptual y, al mismo tiempo, neutralizar la faceta subjetivo-constructivista que *prima facie* presenta, para enfocarse exclusivamente en su dimensión objetiva de facticidad coercitiva. En ese marco no existe solución de continuidad entre estructura e institución social; la institución aparece como instrumento de reforzamiento de la red de relaciones sociales ya articulada en forma de estructura. Así, de acuerdo Radcliffe-Brown, cabría entender que las instituciones sociales,

...en el sentido de modos regularizados de conducta, constituyen la maquinaria mediante la cual una estructura social, una red de relaciones sociales, mantiene su existencia y continuidad¹¹⁶

Una institución se dirige a mantener inalterada una estructura social dada que, por tanto, ha de precederla ontológicamente en el tiempo. La “realidad” institucional se superpone a la realidad social, constituye una suerte de extensión de la estructura; extensión cualificada por ciertas particularidades pero que emerge y en nada difiere de la estructura a cuya protección se orienta. No existiría, por lo tanto, algo así como un sustrato de realidad propio de lo institucional. Las instituciones existen al interior de una sociedad ya morfológicamente organizada, cumpliendo a su respecto un rol puramente instrumental: favorecer el mantenimiento inalterado de la red de relaciones sociales así articuladas operando como añadido extrínseco que refuerza el poder vinculante del todo estructural sobre las partes estructuradas, maximizando la operatividad fáctica de las funciones estructuralmente asignadas y protegiendo por esa vía su vigencia. Por lo tanto, si la comprensión de la función social se construye bajo el paradigma del determinismo estructural, la lógica que lo permea ha de transmitirse por necesidad a la noción de insti-

¹¹⁶ RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1940., *op. cit.*, p. 228.

tución que en su interior se postule. En el caso de Malinowski, por ejemplo, ello es bastante claro:

Las verdaderas unidades componentes de las culturas que tienen un considerable grado de permanencia, universalidad e independencia son los sistemas organizados de actividades humanas llamados instituciones. Cada institución se centra alrededor de una necesidad fundamental, une permanentemente a un grupo de personas en una tarea cooperativa y tiene su cuerpo especial de doctrina y su técnica artesanal.¹¹⁷

Como vimos, para Malinowski las necesidades orgánicas (primarias) hacen de polo de atracción teleológico que motiva y regulativamente orienta la confección del aparato cultural. Las instituciones, artefactos culturales, son la forma cristalizada, fruto de su sedimentación a través del tiempo, que adoptan las funciones estructuralmente definidas por su instrumentalidad de cara a la satisfacción de esas necesidades. Los agentes cuyas funciones sociales convergen hacia la satisfacción de un mismo núcleo de necesidades han de coordinar su actuar; esa organización cooperativa del actuar colectivo dirigido hacia un mismo fin naturalmente tiende hacia la especialización, y ésta a la maximización de su eficacia funcional, favoreciendo de esta suerte la consolidación la práctica y la perduración del colectivo organizado. La repetición históricamente asentada de una misma conducta social para la satisfacción de una misma necesidad decanta en modelos cuya creciente eficacia operativa termina dotándolos de validez abstracta; en términos de Malinowski: adquieren un considerable grado de “permanencia, universalidad e independencia”¹¹⁸. No hay en la institución nada más que la natural consolidación de modelos de actuar colectivos, cuya funcionalidad estructuralmente determinada –es decir, su aptitud para satisfacer las necesidades que justifican la maquinaria cultural como un todo– se mantiene como único fundamento de su existencia y permanencia.

¹¹⁷ MALINOWSKI, B. 1931., *op. cit.*, p. 93.

¹¹⁸ Este proceso que antecede toda institucionalización Berger/Luckmann lo denominan *habitua-ción*: “Todo acto que se repite con frecuencia, crea una pauta que luego puede reproducirse con economía de esfuerzos y que *ipso facto* es aprehendida *como* pauta por el que la ejecuta”. (BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, p. 72 [Destacado original]).

* * *

El modelo de Durkheim es significativo también en este sentido. Y es que, desde su perspectiva, los fenómenos sociales estructurados en forma de *hecho* social en nada difieren del concepto de institución. O, con mayor precisión, los fenómenos son *estructurados* o adquieren *forma* en tanto *instituidos*¹¹⁹. Como vimos, para Durkheim la facticidad del hecho social no es físico-orgánica, pero tampoco externalización objetivada de subjetividad humana; es una realidad *sui generis* a través de la cual la sociedad se auto-invierte del estatus de objetividad. Se admite que el *hecho* social adquiere la condición de “hecho” en la medida en que es objetivado o socialmente *instituido* como tal –para entonces aparecer y operar como una realidad externa respecto a las consciencias particulares que la instituyen–; pero el rol desempeñado por las consciencias individuales en la génesis de la representación colectiva objetivada es, no obstante, muy limitado. No puede entenderse como expresión de subjetividades concretas porque éstas no son sino instanciaciones particulares del todo social representado por la consciencia colectiva que define a la sociedad en su identidad. El hecho social es una realidad distinta e irreductible a sus repercusiones individuales:

Es un estado del grupo que se repite en los individuos porque se les impone. Existe en cada parte porque está en el todo, lejos de que esté en el todo porque está en las parte.¹²⁰

Se sigue que la formación de la realidad institucional constituye un proceso objetivo: transcurre de hecho y de modo necesario con total independencia de la subjetividad de los agentes inscritos en la estructura social. Es objetivo en la medida en que prescinde

¹¹⁹ “[S]e puede [...] llamar ‘institución’ a todas las creencias y a todas las formas de conducta instituidas por la colectividad” (DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, p. 30).

¹²⁰ DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 41.

de la subjetividad en dos sentidos: *de hecho opera* con independencia de su voluntad y, que de hecho opere, *no depende de su voluntad*. Primero, tiene lugar necesariamente, fruto del devenir “natural” de la facticidad social:

...la vida social, allí donde existe de una manera permanente, *tien-
de inevitablemente a tomar una forma definida y a organizarse, y el de-
recho no es otra cosa que esa organización*, incluso en lo que tiene de
más estable y preciso.¹²¹

Segundo, su nacimiento y supervivencia no están supeditados al obrar volitiva-
mente articulado de subjetividades individuales. Como antes señalamos, si una manera
colectiva de actuar o pensar es percibida como una construcción subjetiva es únicamente
porque “somos víctimas de una *ilusión* que nos hace creer que hemos elaborado por no-
sotros mismos lo que se nos impone desde afuera”¹²². Su origen no debe reconducirse a
las consciencias individuales sino a la consciencia colectiva expresión del todo social.
Empero, Durkheim no puede excluir sin más la participación de los individuos en la gé-
nesis de la realidad social sin caer con ello en una concepción metafísica que adscriba a
“la Sociedad” una existencia autónoma inscribiéndola en un sustrato ontológico supra-
empírico en la forma, por ejemplo, de una antropomórfica subjetividad divina o un eté-
reo espíritu trascendental, que actúe como principio supra-humano ordenador de la hu-
manidad; concepción de suyo incompatible con el estricto positivismo que anima su
producción intelectual¹²³. En cambio, sostiene:

¹²¹ DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, p. 75 [Destacado agregado].

¹²² DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 38 [Destacado agregado]. Nótese que en este punto la dis-
torsi3n que Durkheim identifica en la representaci3n de la realidad designa el mismo fen3meno que en la
tradici3n marxista se denomina *ideologí*a pero atribuyéndole un contenido inverso: si para el marxismo el
efecto ideol3gico de *alienaci3n* –íntimamente asociado a la noci3n de *reificaci3n*– alude a la incapacidad
del hombre de reconocer un objeto como producto y a sí mismo como su productor; para Durkheim la
incongruencia entre la realidad y su representaci3n subjetiva radica en el inconsciente falseamiento de la
objetividad de su existencia y en la ilusoria pretensi3n de concebirla como producto de la humana subjetivi-
dad.

¹²³ Si “todos los fen3menos sociales, sin excepci3n se imponen al individuo desde afuera”, este
poder coercitivo probaría que “no son obra del individuo, sino que emanan de un poder moral que lo so-
brepasa, poder que o bien se imagina místicamente bajo la forma de un Dios, o bien se encarna con un

Claro está que el individuo interviene en su génesis, pero para que exista un hecho social es preciso que muchos individuos hayan, por lo menos, combinado su acción, y que de esta combinación se haya engendrado algún proyecto nuevo. Y como esta síntesis se realiza fuera de nosotros (pues entran en ella una pluralidad de conciencias), tiene *necesariamente* por efecto *el fijar, el instituir, fuera de nosotros, determinadas maneras de obrar y determinados juicios, que no dependen de cada voluntad particular tomada separadamente.*¹²⁴

La génesis de un hecho social transcurre a través de un proceso forzosamente protagonizado por subjetividades individuales que, sin embargo, no admite reconducirse a sus conciencias y explicarse como agregado de voluntades particulares. Hay en esta ambivalencia un intento por conciliar la dimensión de externalización de la interioridad subjetividad ínsita a la dimensión instituyente de la realidad social, con la faceta en que la interioridad exteriorizada se autonomiza como exterioridad –es decir, adquiere objetividad– para retornar luego sobre la interioridad de los mismos agentes que la construyeron ahora en una modalidad coercitiva orientada a modelarla con la violencia de la facticidad¹²⁵.

No es este, sin embargo, el lugar para analizar el proceso a través del cual Durkheim explica el tránsito desde las representaciones psíquicas que pueblan el espacio de la mente accesible a la consciencia de los sujetos individualmente considerados, hacia

concepción más temporal y científica.” (DURKHEIM, É. 1898., *op. cit.*, pp. 118-9). Si existen hechos sociales –tales como los hechos morales, sistemas de deberes y obligaciones– “es menester que *la sociedad sea una persona cualitativamente distinta de las personas individuales* que comprende y de cuya síntesis es el resultado” (DURKHEIM, É. 1906., *op. cit.*, p. 165 [Destacado agregado]). Es preciso, concluye Durkheim, “elegir entre Dios y la sociedad”. De su comprensión del fenómeno religioso, se sigue que su inclinación por la “concepción más temporal y científica” no resulta problemática: “esta elección me deja bastante indiferente, porque yo no veo en la divinidad sino a la sociedad transfigurada y pensada simbólicamente.” (*Ibid.*, p. 166).

¹²⁴ DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 30 [Destacado agregado].

¹²⁵ Lo que Berger/Luckmann llaman “dialéctica esencial de la sociedad” refleja esta tensión entre el hecho de que, por un lado, “la sociedad existe solo en cuanto los individuos tienen conciencia de ella” y que, por otro, “la conciencia individual se determina socialmente” (BERGER, P. L. y LUCKMANN, T. *op. cit.* p. 101). Esta relación dialéctica se desenvuelve en tres momentos: (a) externalización; (b) objetivación; (c) internalización. Cada uno de ellos ofrece respectivamente la caracterización de una faceta esencial de la realidad social: (a) la sociedad es un producto humano; (b) la sociedad es una realidad objetiva; (c) el hombre es un producto social. (*Ibid.*, p. 82).

las representaciones colectivas donde el estatus de coseidad sumado al poder imperativo de la autoridad convergen para que logren imponerse desde una exterioridad supra-individual por sobre ellos¹²⁶. Para nuestros efectos basta advertir que en dicho proceso el rol tanto (a) de la subjetividad individual; como (b) del conjunto articulado de subjetividades individuales que coordinadas podrían dar lugar a un acuerdo o convención –ya sea en términos de consenso o de contingente primacía entre posiciones subjetivas disímiles o antagónicas (hegemonía)–; se encuentran excluidos. En otras palabras, lo que podría comprenderse como una *decisión* de los actores –individual o colectivamente considerados– no encuentra espacio en la teoría durkheimiana. En el paso desde las subjetividades individuales a la subjetividad colectiva no interviene el elemento volitivo, no cabe un acto consciente, deliberado de decisión sobre la construcción (o no) de un específico hecho social o institucional.

La realidad social es subjetivamente construida pero los sujetos que la construyen son *llevados* a construirla en el marco de un proceso que no expresa su voluntad ni depende de ella. Ellos, en efecto, determinan la realidad social, son el principio activo¹²⁷ insustituible sin la cual la realidad social –real y aprehensible, como vimos, en el efectivo funcionar de los agentes que la componen– desaparecería. No obstante, su capacidad de institución deliberada se encuentra por definición circunscrita y condicionada por factores extrínsecos a los individuos que en cierto sentido “sufren” la institucionalización de sus prácticas por el sólo hecho de protagonizarlas con la regularidad fáctica necesaria para que, fruto de un devenir natural, el mecanismo psico-social de emergencia de las representaciones colectivas tenga lugar¹²⁸.

¹²⁶ Cfr. DURKHEIM, É. 1898., *op. cit.*; DURKHEIM, É. 1906., *op. cit.*

¹²⁷ Cfr. DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 23 n. 2; DURKHEIM, É. 1898., *op. cit.*, p. 125 n. 15.

¹²⁸ Durkheim admite la posibilidad de la auto-coacción pero como algo del todo heterogéneo al poder coactivo que ejerce la facticidad social: los actos de inhibición en virtud de los cuales nos coaccionamos a nosotros mismos –reprimimos nuestras tendencias, hábitos e instintos– “se elaboran en la conciencia individual y tienden en seguida a exteriorizarse; los otros [movimientos de coacción social] son, desde luego, exteriores al individuo, y tienden más tarde a moldearlos desde afuera a su imagen. Si se

El proceso a través del cual se constituye la realidad institucional transcurre en forma de un progresivo “decanter” del “hacer social” –funcionalmente guiado hacia la satisfacción de las condiciones necesarias de existencia del organismo social– que termina por cristalizarse en un “ser social”. De esta suerte el actuar funcional a las demandas estructurales se auto-estabiliza consagrándose formalmente (codificándose) en un aparato institucional dotado de autonomía ontológica (objetividad); manteniendo por esta vía la vigencia inalterada a través del tiempo de la estructura social:

Un pensamiento que se encuentre en todas las consciencias particulares, un movimiento que repitan todos los individuos, no son, por esto, hechos sociales. Si para definirlos se contenta el sociólogo con este carácter, es que, equivocadamente, los confunde con lo que podríamos llamar sus encarnaciones individuales. Lo que los constituye son las creencias, las tendencias, las prácticas del grupo tomado colectivamente; en cuanto a las formas que revisten los estados colectivos al refractarse en los individuos, son cosas de otra especie. [...] *[A]lgunas de estas maneras de obrar y de pensar adquieren, por la repetición, una especie de constancia que, por así decirlo, los precipita y los aísla de los hechos particulares que los reflejan. De esta manera afectan un cuerpo y una forma sensible que les es propio, y constituyen una realidad ‘sui generis’ muy distinta de los hechos individuales que las manifiestan.* El hábito colectivo no existe sólo en estado de inmanencia en los actos sucesivos sino que, por un privilegio sin par en el reino biológico, se expresa una vez para siempre en una fórmula que se repite de boca en boca, se transmite por la educación y hasta se fija por escrito. *Tal es el origen de las reglas...*¹²⁹

En Durkheim lo social es objetivo en tanto objetivado; su objetivación tiene lugar con la participación irremplazable de los individuos que componen el colectivo, pero el modo de participación de los sujetos en la objetivación de lo real no deja espacio a su subjetividad. Dicho de otro modo, en la mecánica de objetivación de su subjetividad el

quiere, la inhibición es el medio por el cual la coacción social produce sus efectos psíquicos, pero no es esta coacción.” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, pp. 114-5). Al rechazar la posibilidad de que la coacción propia de toda estructura social surja de la exteriorización de consciencias individuales, Durkheim niega la posibilidad de que una institución –como el derecho– opere como mecanismo de auto-determinación –que es auto-coacción–, es decir, suprime en el plano conceptual la condición de posibilidad del ejercicio de la autonomía política.

¹²⁹ DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 39 [Destacado agregado].

sujeto participa pero sólo en su dimensión objetiva: insumo fáctico en una cadena productiva que no decide iniciar y cuyo resultado bien puede no guardar relación alguna con su voluntad.

El determinismo estructural se mantiene. La capacidad de determinación o modelación de la estructura es negada¹³⁰. De cara a nuestro objeto de estudio, la auto-producción de la realidad que excluye la posibilidad de su producción consciente y deliberada, suprime un aspecto crucial para una comprensión del derecho que podríamos denominar “moderna”: el derecho como realidad artificial de manufactura humana; derecho en tanto *puesto (positivo)*, y puesto como *instrumento*, esto es, construido *en función de* los fines subjetivos que el colectivo autónomamente decide materializar a través del aparato institucional que ha de regir su vida en común operando sobre ellos en forma de objetividad.

* * *

En el caso de Gehlen –y a este respecto también de Berger y Luckmann¹³¹– la formación de las instituciones se enmarca en el conjunto de respuestas que el hombre como “ser activo”¹³² es capaz de confeccionar como reacción adaptativa frente a su particular constitución orgánica¹³³. Rasgo definitorio del hombre es que “su relación con el

¹³⁰ “Esta coacción [característica de todo hecho social] no depende de un arreglo convencional que la voluntad humana ha sobrepuesto ya formada a la realidad, sino que surge de las entrañas de esta realidad: *es el producto necesario de causas dadas*.” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 130 [Destacado agregado]).

¹³¹ BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, p. 72 n. 72.

¹³² “[E]ntendiéndose por ‘acción’ la actividad destinada a modificar la naturaleza con fines útiles al hombre” (GEHLEN, A. 1957., *op. cit.*, p. 25).

¹³³ Como vimos a propósito de su concepción de la cultura como instrumento de estructuración de la sociedad, las deficiencias del equipo orgánico del ser humano “están compensadas por su capacidad de transformar la naturaleza [...] de manera que se torne útil para su vida.” (GEHLEN, A. 1957., *op. cit.*, p. 27).

mundo circundante está por doquiera estructurada muy imperfectamente por su propia constitución biológica”¹³⁴. Esta estructuración imperfecta se debe a que en él “los instintos no determinan, como en el animal, distintos procesos conductuales fijos”¹³⁵. El ser humano se encuentra libre de la atadura animal a los instintos¹³⁶: impulsos que determinan inmediata y automáticamente el modo de (re)acción ante los estímulos del medio; esto es, que definen de antemano (a) los modos de interiorización de la exterioridad; (b) el procesamiento interno de la realidad así aprehendida; y (c) la respuesta externalizada en forma de acción¹³⁷. A raíz de esta indeterminación orgánica, el hombre se encuentra en una especial posición de “apertura al mundo”¹³⁸. El vacío –patrimonio exclusivo del ser humano– que se da entre el estímulo exterior y la respuesta interior, y la correlativa no-inmediatez de la (re)acción exteriorizada, abre un espacio psíquico-temporal que

¹³⁴ BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, p. 65.

¹³⁵ GEHLEN, A. 1960., *op. cit.*, p. 96.

¹³⁶ Para Kant la especificidad del hombre como ser racional y de la acción moral emanan de la posibilidad de un actuar no-determinado por las inclinaciones que lo rigen como ser inscrito en el mundo sensible (fenómeno): “si en un ser que posee razón y una voluntad, su *conservación* y *el que todo le vaya bien*, en una palabra, su *felicidad* supusiera el auténtico fin de la naturaleza, cabe inferir que ésta se habría mostrado muy desacertada en sus disposiciones al encomendar a la razón de dicha criatura el realizar este propósito suyo.” Si el estatus del hombre pudiese reducirse al de un ser “teleológicamente dispuesto para la vida”, “la naturaleza misma emprendería no sólo la elección de los fines, sino también de los medios y con sabia previsión habría confiado ambas elecciones exclusivamente al instinto.” (KANT, I. 1785. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid. Alianza (2010). p. 65 [Destacado original]; 66). En cambio, “[l]a naturaleza ha querido que el hombre extraiga por completo de sí mismo todo aquello que sobrepasa la estructuración mecánica de su existencia animal y que no participe de otra felicidad o perfección que la que él mismo libre del instinto se haya procurado por medio de la propia razón.” (KANT, I. 1787. *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*. Madrid. Tecnos. p. 7, citado en: KANT, I. 1785., *op. cit.*, p. 66 n. 4). “La *libertad* del arbitrio –señala en *La metafísica de las costumbres*– es la independencia de su *determinación* por impulsos sensibles...” (KANT, I. 1797. *La metafísica de las costumbres*. Madrid. Tecnos (2008). p. 17 [Destacado original]).

¹³⁷ Como más adelante veremos, este mecanismo de reacción instintiva aparecerá al interior del modelo que pretende explicar la función pena como mecanismo de expresión de sentimientos vindicativos. Véase *infra*. §III.2.2.1.

¹³⁸ Gehlen toma el concepto de “apertura al mundo” de Scheler: “El principio específicamente humano que constituye la diferencia esencial [respecto a los demás animales], sería más bien un principio en general *opuesto* a la vida, al que [Scheler] llamó *espíritu*. La esencia del espíritu se definía como su facultad de desligarse de la presión de lo biológico, de librarse de la dependencia de la vida. Un ser portador de espíritu ya no está encadenado a sus instintos, ya no se adapta a su medio ambiente como un animal, sino que es capaz de elevar el medio ambiente a la objetividad, de distanciarse de él.” (GEHLEN, A. 1957., *op. cit.*, p. 23 [Destacado original]). Cfr. BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, pp. 64 y ss.

permite y *obliga* a la reflexión y, con ello, a la creación de la cultura –como transformación y apropiación instrumental del entorno natural– en cuyo interior tiene lugar la emergencia de las instituciones.¹³⁹

Aparentemente esta caracterización contradice la afirmación previa¹⁴⁰ que posicionaba a Gehlen dentro de la lógica de un determinismo biológico. Pero es sólo una apariencia. Como en Durkheim, desde su punto de vista la realidad institucional es un producto del actuar humano, pero (a) su origen en ningún caso remite a una decisión voluntaria de los actores instituyentes; representa, antes bien, una respuesta necesaria (no-voluntaria) a un imperativo vital de supervivencia orgánica; y (b) su formación concreta no requiere en absoluto de la participación consciente de los sujetos que objetivamente externalizan su subjetividad por hallarse inmersos en el proceso en que *de facto* se constituye esa realidad institucional.

En el primer aspecto, la indeterminación primaria a la que por su condición orgánica se enfrenta el hombre tiene el peculiar efecto de determinar inapelablemente la ejecución de una determinada acción en respuesta. Así, el vacío de la no-estructuración primera expresa a un mismo tiempo una necesidad absoluta de estructuración que inde-

¹³⁹ Malinowski expresa esta misma idea enfatizando el valor del simbolismo, cuyo prototipo es el lenguaje. El simbolismo nace –señala– “con la primera satisfacción aplazada e indirecta de toda necesidad física”: “Las necesidades del hambre y sexo, el deseo de confort personal y la seguridad se transmitieron a un objeto o proceso que fue la manera indirecta para satisfacer una necesidad corporal. Esta transferencia de la necesidad fisiológica a una realidad secundaria [cultural, institucional], fue en esencia simbólica”. En consecuencia, concluye, “[l]a formación de los hábitos, habilidades, valores y símbolos consiste esencialmente en acondicionar el organismo humano a las respuestas que no están determinadas por la naturaleza, sino por la cultura.” (MALINOWSKI, B. 1939., *op. cit.*, pp. 296; 297).

¹⁴⁰ Esta contradicción *aparente* sería real si de la constatación de esta indeterminación se derivara un sentido de *libertad* ausente en Gehlen, donde –como veremos– la indeterminación primera se neutraliza inmediatamente por fuerzas de determinación alternativas que en última instancia emergen de la facticidad. En cambio, un modelo diametralmente incompatible con este determinismo desplegado desde una estructura entendida como facticidad, podría encontrarse en Kant –y en la tradición de pensamiento que inaugura–: “Cada cosa de la naturaleza opera con arreglo a leyes. Sólo un ser racional posee la capacidad de obrar *según la representación* de leyes o con arreglo a principios del obrar, esto es, posee una *voluntad*. Como para derivar las acciones a partir de leyes se requiere una *razón*, la voluntad no es otra cosa que razón práctica.” (KANT, I. 1785., *op. cit.*, p. 91 [Destacado original]).

fectiblemente determina la ejecución de actos de estructuración. En palabras de Berger y Luckmann:

La inestabilidad inherente al organismo humano *exige como imperativo* que el hombre mismo proporcione un contorno estable a su comportamiento; él mismo debe especializar y dirigir sus impulsos. Estos hechos biológicos sirven como presupuesto necesario para la producción del orden social. En otras palabras, aunque ningún orden social existente pueda derivar de datos biológicos, *la necesidad del orden social en cuanto tal surge del equipo biológico del hombre.*¹⁴¹

Biológicamente el hombre está marcado por su indeterminación o estructuración imperfecta: de ahí su “apertura al mundo”. Mas, de la condición negativa de su no-determinación intrínseca emerge la ineluctable necesidad de una respuesta extrínseca de naturaleza positiva: un sustituto de la estructura biológica ausente, una forma alternativa de determinación que genere una “clausura al mundo”¹⁴² artificial. Si el subdesarrollado¹⁴³ aparato instintivo del hombre lo priva de respuestas automáticas a los estímulos del medio y lo sobrecarga con el peso del constante decidir sobre sus cursos de acción y reacción; y si esta innata inadaptación al medio ambiente lo obliga a la acción transformadora de la que emerge el aparato cultural; cabría incluir entre las misiones más relevantes de la cultura la de suplir esa no-estructuración primaria: construir un orden simbólico frente al caos del entorno fáctico; imponer estabilidad a la imprevisible contingencia con que se le aparece¹⁴⁴; en suma: erigir *instituciones*.

Si en Gehlen de la falta de una determinación original emanada de la estructura biológica emerge una necesidad; esa necesidad determinada por la indeterminación primera sirve de polo teleológico de determinación segunda: la falta de estructura se traduce en estructura en tanto determina una específica respuesta, una *función*, a saber; generar una estructura artificial que supla la ausencia natural. La cultura actúa como “segun-

¹⁴¹ BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, p. 72 [Destacado agregado].

¹⁴² *Ibid.*, pp. 70-1.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 65.

¹⁴⁴ GEHLEN, A. 1957., *op. cit.*, p. 25.

da naturaleza”¹⁴⁵: émulo o equivalente funcional de la estructura orgánica que reproduce su efecto de “clausura” estabilizando la relación del hombre con su medio a través de modelos conductuales rígidos que, pese a su humana confección, comparten su poder para controlar el (inter)actuar social. En el tránsito desde la anomía de la indeterminación natural al orden social normativamente estructurado, no hay espacio para la *decisión* consciente o deliberada; no se “opta” por la cultura y su complemento institucional, por la simple razón de que la no-institucionalización no existe como alternativa: su inexorable incompletitud biológica erige la acción orientada a su superación como inexcusable imperativo biológico.¹⁴⁶

Respecto a la formación de un aparato institucional en concreto, esta determinación artificial determinada por la original indeterminación orgánica del hombre, no da pie a una posible *autodeterminación*. Opera, en cambio, –tal como en Malinowski y Durkheim– como sedimentación, habituación, cristalización de la facticidad: las instituciones ofrecen el orden que su precaria estructuración fisiológica les niega estabilizando los patrones de normalidad fáctica mediante un acto de consagración institucional en que adquieren un estatus imperativo: la normalidad de hecho transmuta en normatividad de derecho¹⁴⁷. De este modo la incertidumbre ante un futuro impredecible dentro de un orden de interacción precario y contingente, y el costo psíquico de la permanente toma de decisiones en este contexto, se reduce significativamente: las instituciones operan como mecanismos de “economía de esfuerzo”¹⁴⁸:

¹⁴⁵ GEHLEN, A. 1958. Sobre civilización, naturaleza y espontaneidad. En: GEHLEN, A. 1961., *op. cit.*, p. 110.

¹⁴⁶ “[L]a externalización en cuanto tal constituye una necesidad antropológica. [...] Esta necesidad antropológica se funda en el equipo biológico del hombre.” (BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, pp. 71-2).

¹⁴⁷ Toda institución, y el derecho en particular, poseen lo que Bourdieu llama *efecto de normalización*, en virtud del cual la *regularidad* (lo que se hace regularmente) se convierte en *regla* (lo que es “reglamentario” hacer). Cfr. BOURDIEU, P. 1986. La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico. En: BOURDIEU, P. 2001., *op. cit.*, pp. 213-4.

¹⁴⁸ GEHLEN, A. 1960., *op. cit.*, pp. 95 y ss. En el ámbito más específico del rol de las reglas en el razonamiento práctico este argumento es desarrollado por Schauer, quien, en el epílogo de su libro, arriba

...las instituciones aparecen como las formas de superar tareas o circunstancias de importancia vital, así como la reproducción, la defensa o la nutrición requieren una cooperación organizada y permanente. Por el otro lado, aparecen como los poderes *estabilizadores*: son las formas en que un ser inseguro e inestable por naturaleza, recargado afectivamente, encuentra para soportarse, algo en que puede confiar sea en sí mismo o en los demás. Por una parte, en estas instituciones se enfocan y persiguen en común los objetivos de la vida; por la otra, los individuos se orientan en ella hacia certezas definitivas sobre qué hacer y qué no hacer, con la extraordinaria ventaja de estabilizar también su vida interior, de manera que evitan en cada oportunidad entrar en conflicto afectivo u obligarse a tomar decisiones fundamentales.¹⁴⁹

El rol sustitutivo de las instituciones carece de sustituto en el plano social; se tornan, por ende, imprescindibles. No existe alternativa a la institucionalización de la vida en común. El modo en que ésta se produce responde a esa necesidad y, como indicamos, no demanda la participación consciente de los sujetos en el sentido de una voluntad deliberadamente orientada a la construcción de esa realidad –en respuesta, por ejemplo, a la percepción subjetiva de su necesidad, conveniencia o utilidad–. Para que este proceso

a la siguiente conclusión: “la toma de decisiones basadas en reglas se asienta en parte en la creencia de que ninguno de nosotros [...] tiene la capacidad mental de considerar incesantemente todo aquello que un modelo de toma de decisión ‘considerando todos los factores relevantes’ nos demanda. Si hemos de evitar quedar paralizados por la falta de certeza y caer en numerosos errores precisamente porque disponemos de un tiempo demasiado escaso para considerar muchas cosas, con frecuencia deberemos simplificar nuestro proceso de pensamiento, empleando una forma de decisiones que nos circunscriba a considerar un espectro manejable de factores. [...] Las reglas [...] desempeñan este propósito de simplificación de nuestras vidas...” (SCHAUER, F. 1991. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid/Barcelona. Marcial Pons (2004). p. 296). Esta función de simplificación de la toma de decisiones que desempeñan las normas, remite por su parte a la caracterización propuesta por Raz en términos de “razones excluyentes” –una razón excluyente “es una razón de segundo orden para abstenerse de actuar por alguna razón” (RAZ, J. 1975. *Razón práctica y normas*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales (1991). p. 44)–. Tener una regla, sostiene Raz, “es haber decidido por adelantado qué hacer. Cuando se presenta la ocasión para la acción no se ha de reconsiderar el asunto pues la decisión ya está tomada. La regla se toma no meramente como una razón para realizar su acto normativo sino también como una razón que resuelve conflictos prácticos excluyendo razones en conflicto. Este es el beneficio de tener reglas...” (*Ibid.*, p. 82). Respecto a este rol de las normas en el marco de los mecanismos de control social y, por derivación, en el derecho y en el derecho penal, véase: HASSEMER, W. 2003. *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*. México D. F.. Instituto Nacional de Ciencias Penales. p. 12.

¹⁴⁹ GEHLEN, A. 1960., *op. cit.*, p. 97. En el mismo sentido: BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, pp. 72-3.

tenga en la práctica lugar basta un interactuar espontáneo relativamente continuado; en él “se decantarían y consolidarían determinadas formas o reglas, que –sostiene Gehlen– podríamos llamar modelos conductuales rígidos”¹⁵⁰. Entonces

...las formas en que los individuos conviven o colaboran, las formas en que se manifiesta la autoridad o el contacto con lo sobrenatural, *cristalizan en estructuras de ponderación propia* –las *instituciones*– que terminan por adquirir algo así como *autonomía respecto de las personas*.¹⁵¹

El efecto de la rigidización de esos patrones de interacción subjetiva entronca así con el postulado por Durkheim: también para Gehlen una institución “le resulta al indi-

¹⁵⁰ GEHLEN, A. 1960., *op. cit.*, p. 96. Esto remite al proceso de *habituación* descrito como Berger y Luckmann como origen del fenómeno de institucionalización, para quienes, tal y como en Gehlen, “[l]a institucionalización es algo incipiente en toda situación social que continúe en el tiempo.” (BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, pp. 72 y ss.). Compárese con lo dicho por Durkheim a propósito del “origen de las reglas” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 39). El concepto de *regla* que de esta caracterización emerge se condice lo que se denomina “reglas de la experiencia” [*rules of thumb*]. Este concepto ha sido ampliamente debatido en el ámbito de la filosofía moral en la medida en que se encuentra estrechamente ligado a la distinción entre dos modelos de utilitarismo: *utilitarismo de actos* y *utilitarismo de reglas*. Rawls, por ejemplo, habla de reglas como resúmenes: “las reglas se imaginan como sumarios de decisiones pasadas, a las que se llegó por aplicación *directa* del principio utilitarista a los casos particulares. Las reglas se consideran como informes de que cierto tipo de casos se han resuelto apropiadamente de determinada manera...”. La existencia de estas reglas se justifica –tal como en Durkheim, Gehlen y Berger/Luckmann– “en el hecho de que hay ciertos casos que tienden a recurrir y en que se resuelven los casos con tanta mayor facilidad si se dispone de resoluciones pasadas en forma de reglas.” Desde este punto de vista las reglas son más bien guías y ayudas que órdenes o mandatos; por tanto, “en principio, toda persona tiene derecho a reconsiderar la corrección de una regla y a preguntarse si es conveniente o no seguirla en el caso particular.” (RAWLS, J. 1955. Dos conceptos de reglas. En: FOOT, P. (Ed.). 1974. Teorías sobre la ética. México D. F.. FCE. pp. 230-1; 232-3; 235). Para profundizar en el rol que esta concepción de las reglas como *rules of thumb* puede desempeñar en el razonamiento práctico, en particular enfocado hacia el razonamiento jurídico, véase, además de Rawls (RAWLS, J. 1955., *op. cit.*); Raz (RAZ, J. 1975., *op. cit.*, pp. 67-70); y Schauer (SCHAUER, F. 1991., *op. cit.*, pp. 165-171). Respecto a la discusión en el plano ético respecto los distintos modelos de utilitarismo, véase: Mill (MILL, J. S. 1843. Sobre la lógica de la práctica o del arte, incluyendo la moralidad y la prudencia [Capítulo XII de: 1843. Un sistema de lógica, Libro VI] En: MILL, J. S. 1863. El utilitarismo. Madrid. Alianza (2010); en particular: pp. 147-8; y MILL, J. S. 1863. El utilitarismo. Madrid. Alianza (2010), en particular: pp. 77 y ss.) y, entre muchos otros, URMSON, J. O. 1953. La interpretación de la filosofía moral de J. S. Mill. En: FOOT, P. (Ed.), *op. cit.*, pp. 188-199; SMART, J. J. C. 1956. Utilitarismo extremo y restringido. En: FOOT, P. (Ed.), *op. cit.*, pp. 248-265.; MACKIE, J. L. 1977. Ética. La invención de lo bueno y lo malo. Barcelona. Gedisa (2000). pp. 141-67.

¹⁵¹ GEHLEN, A. 1960., *op. cit.*, p. 97 [Destacado agregado].

viduo un modelo suprapersonal que se le presenta y al cual se somete”¹⁵². Y la fuerza normativo-coactiva de la facticidad institucionalizada reside precisamente en su capacidad de operar como facticidad, es decir, de encubrir su dimensión normativa bajo una apariencia de facticidad que, como tal, excluye *ab initio* su puesta en duda; la posibilidad de problematizar la normalidad normativizada –vía institucionalización– se suprime en tanto opera como “lo normal”, es decir, con “la fuerza persuasiva de lo natural”¹⁵³.

Para Gehlen el carácter convencional de la institución, su comprensión como fruto del actuar consciente y coordinado de los agentes sociales sobre los cuales como estructura artificial habrá de operar, no sólo no responde a la realidad empíricamente observable –en que, como hemos visto, la estructura que define las funciones de los sujetos puede reconducirse en última instancia, como en Malinowski, a condicionantes biológicos– sino que incluso, si ese carácter *de facto* aparece en la comprensión que los agentes tiene respecto a sus instituciones, lo hace en señal de alarma: signo de degeneración cultural. La regla general es que una norma institucional sea aproblemáticamente asumida y espontáneamente obedecida porque se ve en ella un modelo “conforme a la naturaleza”¹⁵⁴: transcripción del orden natural y, por tanto, objetivamente válida con total inde-

¹⁵² *Ibid.*, p. 97.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 98. Como más adelante veremos, para Bourdieu los “actos de institución” constituyen mecanismos de *nominación* o *categorización* cuya función es asignar a su destinatario una “esencia social” que pasa a percibirse a un mismo tiempo como *prescripción* y como *descripción de una facticidad natural*: “[l]a estrategia que se adopta universalmente para hacer frente a la tentación de degradarse [esto es, de transgredir las fronteras del rol social institucionalmente adscrito], consiste en convertir la diferencia en natural, en *construir una segunda naturaleza* por medio de la inculcación y la incorporación en forma de costumbre.” (BOURDIEU, P. 1981., *op. cit.*, p. 119 [Destacado agregado]). La institución – sostiene Bourdieu– “consiste en asignar propiedades de carácter social que están destinadas a aparecer como propiedades de carácter natural”. (*Ibid.*, pp. 114-5). La *prescripción* obtiene así su fuerza del hecho de ser socialmente percibida, justamente, como *descripción*. Por lo demás, esto no remite sino a lo que Althusser considera el efecto *ideológico* por antonomasia: “Lo propio de la ideología, en efecto, es el imponer (sin que se advierta, se trata de ‘evidencias’) las evidencias como evidencias, que sólo podemos *reconocer* y ante las cuales sólo nos queda la natural e inevitable reacción de exclamar (en voz alta o en el ‘silencio de la conciencia’): ¡Evidente! ¡Exacto! ¡Verdad!” (ALTHUSSER, L., *op. cit.*, p. 140 [Destacado original]).

¹⁵⁴ Gehlen cita a Hofstaetter: “En una civilización bien cohesionada, el equilibrio normativo es lógico y por eso se considera conforme a la naturaleza” (GEHLEN, A. 1958., *op. cit.*, p. 109). La “racionalización” del derecho a cargo de los juristas –característica, según Weber, del derecho moderno (véase:

pendencia de la contingente (des)aprobación subjetiva de sus destinatarios. El momento en que esa norma pasa a designarse como “*meramente* convencional” es, por tanto, síntoma de “crisis” o “trastorno cultural”:

...convencional es algo que reclama arbitrariamente una validez no sentida ya como posibilidad única –por natural y autoevidente que sea–, sino de la cual se empieza a discrepar.¹⁵⁵

En la medida en que el funcionamiento “normal” de la institución y de los preceptos que contiene suponga su aprehensión como entidades de génesis no-convencional sino ontológicamente autónomas, la estructura social que recibe expresión en la maquinaria institucional orientada a salvaguardar la continuidad de las funciones sociales que adscribe a los agentes resulta *reificada*.

* * *

Al rechazar la posibilidad de una génesis convencional de las instituciones Malinowski, Durkheim y Gehlen le conceden un estatus ontológico independiente de la significación y actividad humana. Como anunciamos, con ello el mundo de las instituciones se reifica¹⁵⁶:

WEBER, M. 1956., *op. cit.*, pp. 648 y ss.)– que adscribe a la legislación positiva una esencia lógica, cumple para Bourdieu la misma función: “la labor de racionalización le confiere [a una decisión judicial] la *eficacia simbólica* que ejerce toda acción cuando, *desconocida en su arbitrariedad*, es reconocida como legítima.” (BOURDIEU, P. 1986., *op. cit.*, p. 185 [Destacado agregado]).

¹⁵⁵ GEHLEN, A. 1958., *op. cit.*, p. 111.

¹⁵⁶ En la tradición de pensamiento marxista, el concepto de *reificación* se inscribe dentro de una línea de pensamiento que gira en torno a la noción de *enajenación* o *alienación*, cuyo punto de partida puede hallarse en los primeros escritos de Marx, en particular, en los *Manuscritos económico-filosóficos de 1844* y, dentro de estos, en “El trabajo alienado” (MARX, K. 1844. *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*. México D. F. Grijalbo (1968). p. 71-88). Para una aproximación al marxismo fundada en la teoría de la enajenación, véase: PÉREZ SOTO, C. 2008. *Proposición de un marxismo hegeliano*. Santiago. Arcis. pp. 67-92.

...la reificación es la aprehensión de los productos de la actividad humana *como* si fueran algo distinto de los productos humanos, como hechos de la naturaleza, como resultados de leyes cósmicas, o manifestaciones de la voluntad divina. [...] La objetividad del mundo social significa que enfrenta al hombre como algo exterior a él mismo. La cuestión decisiva es saber si el hombre conserva consciencia de que el mundo social, aun objetivado, fue hecho por los hombres, y de que éstos, por consiguiente, pueden rehacerlo. En otras palabras, la reificación puede describirse como un paso extremo en el proceso de la objetivación, por el que el mundo objetivado pierde su comprensibilidad como empresa humana y queda fijado como facticidad inerte, no humana y no humanizable. En particular, la relación real entre el hombre y su mundo se invierte en la consciencia. El hombre, productor de un mundo, se aprehende como su producto y la actividad humana como epifenómeno de procesos no humanos.¹⁵⁷

Que la realidad social sufra un proceso de reificación significa que el orden simbólicamente consagrado opera como si formase parte del mismo sustrato de lo real que cabe predicar respecto a la naturaleza¹⁵⁸. Aparece como objeto no *en tanto* objetivado, sino como objeto en sí mismo, por sí mismo o, lo que es igual, como *cosa*. Puede sostenerse, con Pérez Soto, que un “objeto deviene *cosa* cuando lo experimentamos sin considerar la humanidad que contiene, que lo constituye”¹⁵⁹. Esta operación permite cortar el vínculo *prima facie* existencial que nos ligaría a un objeto concebido como nuestra obra, como encarnación exterior en un otro del nosotros. El objeto, entonces, deviene extraño¹⁶⁰. Esto nos permite mantener a su respecto una relación instrumental, a la vez

¹⁵⁷ BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, pp. 114-5 [Destacado original].

¹⁵⁸ “Por medio de la reificación, el mundo de las instituciones parece fusionarse con el mundo de la naturaleza; se vuelve necesidad y destino, y se vive íntegramente como tal, con alegría o tristeza, según sea el caso.” (*Ibid.*, p. 117).

¹⁵⁹ PÉREZ SOTO, C. 2008., *op. cit.*, p. 80 [Destacado original]. Afirmación que se plantea en contraste con el proceso de *objetivación* que, como a continuación veremos, supone que “todo objeto es el objeto que es sólo en virtud de la humanidad que contiene”. (*Ibid.*, p. 76).

¹⁶⁰ “El objeto ‘deviene extraño’ cuando somos impedidos de reconocernos en él, de volver al sí mismo que hemos puesto en él como un otro.” (*Ibid.*, p. 80).

que éste adquiere contornos propios, su mismidad se define, su identidad se estabiliza¹⁶¹. Ahora bien, más allá de esta operación, imprescindible para relacionarnos con el entorno, la estabilización primaria puede a su vez inmovilizarse, esto es, la cosificación puede cosificarse. Cuando son las relaciones sociales las que adquieren la estabilidad propia de las cosas, estamos propiamente ante una situación de reificación:

Una relación social que hemos establecido para producir, para realizarnos, para poner un orden en algo, se vuelve sobre nosotros mismos, nos produce, nos ordena, nos exige obediencia ineludible, llega a tener poder sobre nosotros. Algo sutil (una relación social) que opera como cosa, esto es, independientemente de la subjetividad que la produjo, nos determina, determina a sus propios productores.¹⁶²

En tanto la reificación implique un trastrocamiento absoluto que excluya completa e irreversiblemente de la consciencia de los sujetos la participación que *de hecho* tienen en la construcción de la realidad institucional¹⁶³, estaríamos –como indican Berger y Luckmann en el citado párrafo– ante un “paso extremo en el proceso de la objetivación”. No obstante, sin llegar a ese estado en que la idea misma de “des-institucionalización” resulta ininteligible¹⁶⁴, cabe sostener que toda construcción institucional inexorablemente comprende en su operación el principio de exterioridad coercitiva que caracteriza la

¹⁶¹ “La cosificación es la figura lógica de la estabilidad del objeto.” (*Ibid.*, p. 81). Recuérdese al respecto lo señalado a propósito de los presupuestos ontológicos ínsitos a la explicación causal tradicional revisada al inicio de la presente investigación. Véase *supra*. §I.1.1.

¹⁶² PÉREZ SOTO, C. 2008., *op. cit.*, p. 84.

¹⁶³ Porque “[a]unque aprehenda el mundo en términos reificados, el hombre sigue produciéndolo, o sea que, paradójicamente, es capaz de producir una realidad que lo niega.” (BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, pp. 115-6). Se da así el paradójico resultado de que “acciones particulares racionales (en sentido instrumental) puedan conjugarse de tal modo que su resultado conjunto sea irracional”, esto es, que “racionalidad más racionalidad dé como resultado irracionalidad”. (PÉREZ SOTO, C. 2008., *op. cit.*, p. 84).

¹⁶⁴ Como sostiene Pérez Soto: “El asunto es si se puede volver de ese estado [de alienación, esto es, de ‘cosificación del sujeto’]. El punto crucial es cuánto nos queda de libertad aún en ese extremo. O, de nuevo, el problema no es la cosificación de un sujeto, sino la cosificación de su cosificación. La fijación de su ser cosa, como rol, como otredad sin alternativa, como pautas obligadas de acción.” (PÉREZ SOTO, C. 2008., *op. cit.*, p. 82).

situación de reificación; en otras palabras, que “*las instituciones son siempre relaciones sociales reificadas*”¹⁶⁵.

La reificación como modalidad de la consciencia denota un modo subjetivo de percibir el estatus ontológico de la estructura social, a saber, como pura objetividad. Mas el sentido explícito del acto merced al cual se institucionaliza una estructura social consiste justamente en ello: en la pretensión de que ésta sea percibida en términos de modelos conductuales imperativos, mandatos no sujetos en su vinculatoriedad a la previa evaluación subjetiva de su corrección por parte de sus destinatarios. De ahí, por ejemplo, las siguientes palabras de Montaigne referidas al derecho:

Ahora bien, las leyes mantienen su crédito no porque sean justas sino porque son leyes. Es el fundamento místico de su autoridad, no tienen otro [...]. El que las obedece porque son justas, no las obedece justamente por lo que debe obedecerlas.¹⁶⁶

Como advierte Derrida –y como, a propósito de la *violencia* que conlleva, más adelante desarrollaremos¹⁶⁷– lo que Montaigne sostiene es que las leyes “[n]o se obedecen porque sean justas sino porque tienen autoridad”¹⁶⁸. El único modo de lograr el efecto de estabilización fáctica presupuesto por el acto de institucionalización radica en su capacidad de operar coercitivamente sobre los agentes; es decir, con *autoridad*: como patrón de conducta objetivamente válido y vinculante con independencia de su contenido¹⁶⁹, y con independencia también del hecho de que su génesis pueda (o no) reputarse

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 84 [Destacado agregado].

¹⁶⁶ MONTAIGNE, *Essais*, III, cap.XIII, “De l’expérience” (Citado en: DERRIDA, J. 1989. *Del derecho a la justicia*. En: DERRIDA, J. 1994. *Fuerza de ley. El ‘fundamento místico de la autoridad’*. Madrid. Tecnos (2010). p. 29).

¹⁶⁷ Véase *infra*. §II.1.2.; §II.1.3.

¹⁶⁸ DERRIDA, J. 1989., *op. cit.*, p. 29.

¹⁶⁹ Estas ideas –que aquí no podemos desarrollar con la profundidad que merecen– remiten a lo que suele designarse como el rasgo característico del derecho *moderno*. En palabras de Atria: “El derecho tiene autoridad, y que el derecho tanga autoridad quiere decir que las reglas jurídicas valen no porque sean correctas sino porque son jurídicas.” (ATRIA, F. 2003. *El derecho y la contingencia de lo político*. *Doxa* 26 (2003): 322). La comprensión de las reglas implícita en este razonamiento es la de éstas como *mandatos, órdenes o prescripciones autoritativas*. Su tratamiento puede encontrarse en autores como Hobbes

subjetiva. Para que así ocurra no es necesario negar explícitamente su condición de producto humano, pero si se requiere que *de facto* su operación no se encuentre condicionada a que se comprenda de ese modo. Esto porque históricamente el problema de su origen ha estado estrechamente ligado al de su validez e, inherente a la problematización de la validez de un modelo institucional, es la posibilidad de cuestionar el deber de conformar el actuar subjetivo al patrón de conducta objetivamente prescrito. Kant advierte este punto extrayendo, con el rigor que lo caracteriza, sus consecuencias:

El origen del poder supremo [...] es *inescrutable* para el pueblo que está sometido a él: es decir, el súbdito *no debe utilizar* activamente sobre este origen, como sobre un derecho dudoso en lo que se refiere a la obediencia que se le debe (*ius controversum*). [...] Una ley que es tan sagrada (inviolable) que, *considerada con un propósito práctico*, es ya un crimen sólo ponerla en duda, por tanto, suspender momentáneamente su efecto, representa como si no tuviese que proceder de hombres, sino de algún legislador supremo e intachable, y éste es el significado de la proposición: ‘toda autoridad viene de Dios’, que no enuncia un *fundamento histórico* de la constitución civil, sino una *idea* como principio práctico de la razón: el deber de obedecer al poder legislativo actualmente existente, sea cual fuere su origen.¹⁷⁰

Para garantizar la vigencia fáctica del modelo normativo que consagra, el aparato institucional requiere que su condición de realidad ontológicamente subjetiva “suspenda” su relevancia y no aparezca en la consciencia de sus destinatarios como un problema

(“Orden es cuando un hombre dice: *Haz esto o No hagas esto*, sin esperar otra razón que la voluntad de quien formula el mandato.” [HOBBS, T. 1651. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. México D. F.. FCE (2006). p. [§25] 209 (Destacado original)] y Bentham (véase: HART, H. L. A. 1982. Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad. *Isonomía* 6 (1997): 83-105), hasta Hart (HART, H. L. A. 1982., *op. cit.*) y Raz (RAZ, J. 1975., *op. cit.*; RAZ, J. 1985. *Autoridad, derecho y moral*. En: RAZ, J. 2001. *La ética en el ámbito de lo público*. Barcelona. Gedisa. pp. 227-257.). Probablemente sea éste último quien desarrolla con mayor profundidad la relevancia que desde el punto de vista de la racionalidad práctica tiene esta concepción de las normas en tanto emanadas de una autoridad: “La autoridad puede asegurar la coordinación sólo si los ciudadanos afectados dejan de lado su juicio y no actúan sobre la base del balance de razones, sino sobre la base de las instrucciones de la autoridad. Esto asegura que todos participaran en un plan de acción, que la acción estará coordinada. Pero esto exige que las personas deban considerar las manifestaciones autoritativas como razones excluyentes, como razones para no actuar sobre la base del balance de razones tal como ellas lo perciben incluso aunque estén en lo correcto.” (RAZ, J. 1975., *op. cit.*, p. 73).

¹⁷⁰ KANT, I. 1797., *op. cit.*, pp. 149-50 [Destacado original]. Ver también: *Ibid.*, pp. 216-9.

a resolver antes de decidir su (des)obediencia y definir el modo de externalizar su conducta en consecuencia¹⁷¹. Esta dimensión de objetividad es, por tanto, un factor inextirpable de la lógica con que toda realidad institucional opera y, por tanto, también del derecho.

Ahora bien, como hemos visto, desde la aproximación estructural-funcionalista la objetividad de la realidad institucional no aparece sólo en este sentido, es decir, como presupuesto de su operación fáctica, sino designando directamente su estatus ontológico como realidad independiente de la voluntad humana. La institución se limita a expresar la estructura social de hecho vigente en un momento dado y a operar a su respecto como mecanismo estabilizador: transcribe la facticidad para conservarla superponiéndole un estatus de normatividad. Pero, si en efecto la institución se instala sobre una estructura social pre-existente, crea también una realidad social nueva inexistente en la que formalmente consagra. Si la estructura que asigna las funciones de las que son portadores las unidades constitutivas de un grupo se entiende como una estructura construida; la realidad institucional como estructura artificial superpuesta a la estructura social constituye una extensión de su dimensión subjetivo-instituyente y está, por ende, dotada de la misma naturaleza. Aún más, sólo porque la estructura institucional convencionalmente confeccionada constituye una realidad irreductible a la estructura social a cuya mantención se consagra, es que puede adquirir la autonomía ontológica relativa que le permite diferir de la primera y dar lugar a su operación como realidad objetiva-instituida, esto es, como exterioridad coercitiva.

¹⁷¹ Esto quiere decir que el contenido de las normas debe aprehenderse a través de lo que – siguiendo a Husserl– Berger/Luckmann llaman “adquisición monotética”, esto es: “como conjuntos cohesivos y sin reconstruir su proceso original de formación”. (BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, p. 91).

1.4.2. Institucionalización social

*...la ciencia social debe tener presente el hecho de la eficacia simbólica de los ritos de institución, es decir, el poder que poseen de actuar sobre lo real actuando sobre la representación de lo real.*¹⁷²

P. Bourdieu (1981)

Es momento de retomar el punto de partida.

Al inicio sostuvimos que tras la discontinuidad que a través de la historia exhibe el sentido asociado a la pena cabría identificar una misma función genérica; afirmación que parece emparentar nuestra tesis con la descartada interpretación esencialista que concibe un núcleo estático que mantiene la identidad del concepto pese a sus disímiles formas de particularización histórica. Y, en efecto, sostendremos que las distintas funciones que se imputan al castigo pueden reconducirse a una operación básica que lo define más allá de la contingente articulación de los instrumentos institucionales que en un momento dado se establecen –deliberadamente o no– con ese objeto. Hay por tanto en nuestra aproximación un afán estructuralista: consideramos que “esas discontinuidades se pueden reducir a invariables”¹⁷³. Empero, si afirmamos que existe un componente estructural en el castigo susceptible de identificarse en cada una de sus manifestaciones

¹⁷² BOURDIEU, P. 1981., *op. cit.*, p. 115.

¹⁷³ LÉVI-STRAUSS, C., *op. cit.*, p. 454.

y reputarse como la función que lo define, a un mismo tiempo negamos que ello pueda derivarse de una aproximación esencialista al concepto de pena.

Si en el plano mediato la pena no puede sino servir a esa función genérica y cabe, por lo tanto, identificar en toda manifestación del castigo una operación estructuralmente equivalente, ello no se debe a que por su naturaleza esté destinado a desempeñarla; a que, más allá de la variación superficial de sus efectos inmediatos –en direcciones incluso opuestas– un *telos* interno o emanado de su inscripción en un orden estructurante superior (histórico, natural, biológico, divino, etc.) misteriosa pero indefectiblemente (re)articule siempre el actuar humano y sus consecuencias hacia la dirección que estipula. Si tras el heterogéneo espectro de fines que se atribuyen al castigo puede establecerse una unidad en virtud de su equivalencia funcional, plantearemos que esta equivalencia no viene determinada ni por un *telos* inmanente a su naturaleza ni por la continuidad de una exterioridad histórica que mecánicamente opera en cada instante como su causa directa; sino por su inscripción en un orden artificial de manufactura netamente humana, un orden institucional, en particular: el derecho. Sostendremos que la pena debe entenderse como instrumento institucionalmente constituido, que la institución que definiéndola la constituye es el derecho y, por tanto, que la finalidad que está llamada a desempeñar y que, puesta en relación con su operación fáctica, determina su función, le es *adsrita* desde el derecho.

Ahora, si entendemos el derecho como estructura socialmente construida, podría pensarse que su concreta articulación se encuentra supeditada a la contingente voluntad de sus artífices y que, por ende, no hay nada en la comprensión de la pena como entidad inscrita en dicho armazón institucional que explique la unidad funcional de sus manifestaciones: la función de la pena variaría tanto como la voluntad de sus constructores. Frente a ello, plantearemos que el derecho como forma de realidad institucional exhibe ciertos rasgos fundamentales de los cuales no puede prescindirse sin prescindirse de él. Estas propiedades inherentes sostienen la continuidad estructural en la función del dere-

cho y son mediatamente transmitidas a la operación de la pena como instrumento internamente configurado de acuerdo a la función genérica de la institución en que se inscribe.

Esto apunta a un dato importante: si la función de un hecho institucional es la función que contingentemente –convencionalmente– se le adscribe, el proceso de institucionalización como tal exhibe una función que de modo no-contingente le es propia. En otras palabras: existen ciertos rasgos estructurales al proceso de estructuración. De aquí se sigue cierta forma de “determinismo”: la operación instituyente necesariamente transmite a los artefactos institucionalmente construidos (al derecho como orden institucional y éste a la pena como instrumento jurídico) la estructura de operación formal que le es propia y que “hereda” a sus productos que entonces, en su funcionar, la expresan¹⁷⁴.

Ahora bien, esta operación característica de la lógica interna del derecho que cabría identificar como emanación de su condición de realidad institucional, no es, empero, exclusiva del derecho ni de construcciones institucionales que desde el exterior parezcan homologables. En realidad ciertos principios que rigen una vasta, compleja, codificada y altamente formalizada organización institucional como el derecho, se encuen-

¹⁷⁴ Se trata, no obstante, de una necesidad condicional, esto es, que no obliga más que al que opta por obligarse –del tipo “si hemos de hacer X, entonces debemos hacer Y”–. Esto quiere decir que lo que entendemos por derecho como construcción institucional es, *en principio*, tan sólo una forma de organizar la vida en común, no la única, ni la que un imperativo irresistible nos impele a adoptar. Ahora, sostener que *en principio* no existe *necesidad* de recurrir a este aparato institucional para organizar la vida en común apunta a negar que estemos ante una suerte de necesidad *lógica o natural* –como la postulada, por ejemplo, por Gehlen a propósito de las instituciones–. Pero, sin lugar a dudas, existe una necesidad de orden *histórico* que torna de suyo implausible la pretensión de prescindir del derecho. (En contra: Pérez Soto, para quien es “perfectamente pensable” una sociedad donde haya “orden pero no leyes”, una “sociedad sin instituciones institucionalizadas”: la sociedad comunista. [PÉREZ SOTO, C. 2008., *op. cit.*, p. 91]). Si –en contra, por ejemplo, de la utopía abolicionista– el derecho es en nuestro contexto histórico necesario, la concreta forma que este adopte –el grado de reificación con que opere, por ejemplo– se encuentra, en cambio, liberado de una estructura que heterónomamente lo determine y resulta –dentro del amplio espacio dejado por las restricciones formales emanadas de las propiedades que definen su estatus institucional– susceptible moldearse de acuerdo a las necesidades del colectivo que lo instituye y de instrumentalizarse al servicio de sus fines, es decir, de ser empleado como instrumento para el ejercicio de la autonomía política.

tran presentes y operativos ya en fenómenos sociales en apariencia más simples y muy distantes de todo lo que intuitivamente entendemos por institución.

Uno de esos elementos inextirpables ha sido revisado en el apartado anterior: lo institucional como aparato dotado de *objetividad* propia que se impone heterónomamente en su facticidad coercitiva por sobre los individuos “sujetos”,¹⁷⁵ a la estructura social que simbólicamente consagra. Dimensión, como vimos, ineluctable que, desde la perspectiva de los sometidos a su constreñimiento, supone siempre algún grado de cosificación de las relaciones sociales reforzadas por el artificio institucional: en una medida variable mas necesaria, una institución opera siempre como estructura social reificada¹⁷⁶.

La crítica que nos aleja de la corriente teórica centrada en esta dimensión reside en que, a nuestro juicio, admitir que la operación de estabilización de la estructura que cumple toda institución demanda una concepción hasta cierto punto reificada de la estructura estabilizada *no* nos obliga a suscribir la distorsión ideológica de las revisadas versiones del estructuralismo funcionalista que niegan por definición la génesis convencional de la institución y, de esta suerte, opacan la consciencia de su posible desinstitucionalización. Evitar los peligros intrínsecos a la reificación exige en primer lugar

¹⁷⁵ Para Althusser la función definitoria de la *ideología* es la de “constituir en sujetos a los individuos concretos”, es decir, la de operar como mecanismo de *subjetivación*. Este mecanismo desnuda la ambigüedad del término “sujeto” a que aludimos en el texto: “En su acepción corriente, el término sujeto significa, en efecto: (1) una subjetividad libre, un centro de iniciativas, consciente y responsable de sus actos; (2) un ser sometido, sujeto a una autoridad superior y, por tanto, privado de toda libertad, salvo la de aceptar libremente su sumisión.”. Se sigue que la *subjetividad* del sujeto no es sino el resultado de la interiorización ideológicamente distorsionada de su situación de *sujeción* respecto a la estructura objetiva-institucional que heterónomamente se le impone. O, en palabras de Althusser: que “[s]ólo hay sujetos para y por su *sujeción*”. Desde su punto de vista, esta *sujeción* subjetivante desciende desde la estructura económico-material merced a la mediación de lo que denomina *aparatos ideológicos del Estado*: “Se nos muestra, entonces, que el sujeto actúa en tanto que ‘es actuado’ por el siguiente sistema (enunciado en su orden real de determinación): la ideología que existe en un aparato ideológico material, que prescribe prácticas que existen en los actos materiales de un sujeto que actúa con toda conciencia según su creencia.” (ALTHUSSER, L., *op. cit.*, p. 139; 148; 148 [Destacado original]; 138)

¹⁷⁶ De ahí, entre otras cosas, que –contra las pretensiones del modelo retribucionista– para el penado la pena siempre aparezca como exterioridad impuesta, como facticidad extraña, y que la práctica punitiva en su globalidad inexorablemente suponga la continua instrumentalización objetivante del castigado para fines extrínsecos, objetivos generales a nivel social. Véase *infra*. §III.3.4.

advertir su existencia. Admitida su ineluctable presencia, puede ahora controlarse el riesgo que supone comprendiendo, primero, que la pretendida autonomía ontológica es falsa y, por tanto, que, en segundo lugar, si opera como objetividad coercitiva es porque un proceso subjetivo y potencialmente consciente de objetivación ha determinado y continuamente determina que así sea. Debe posarse la atención sobre el otro aspecto inherente al fenómeno en cuestión: la fase en que la estructura y la institución se constituyen como tales; el momento instituyente que lógicamente precede a la operación de la realidad instituida como objetividad. Esta dimensión será someramente enunciada en este último apartado del marco teórico, para desarrollarse luego aplicada a un caso concreto en nuestra propuesta de interpretación de la función del derecho como realidad institucional.

* * *

Si ponemos el foco de atención sobre esa fase, el significado de la noción de *función* cambia radicalmente. Como vimos, para Radcliffe-Brown el tránsito desde lo que denomina la “actividad” de una entidad a su “función” se obtiene estableciendo una relación entre la primera y las necesidades –o “condiciones necesarias de existencia”– del organismo¹⁷⁷. Que la actividad adquiera el estatus de función depende de su aptitud para satisfacer una necesidad que opera como *telos*. El problema entonces era cómo fundamentar que determinado *efecto* adquiera el estatus de *fin* para, de ese modo, articular teleológicamente la acción que lo produce como su *función*. En la aproximación funcionalista esa finalidad viene definida por la estructura. Ahora, si la fuerza determinista emerge desde la estructura, ésta se entiende dotada de una estatus ontológico objetivo:

¹⁷⁷ RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1935., *op. cit.*, pp. 203 y ss.

realidad estructurante por sí misma; no por ser estructurada en virtud de un proceso subjetivo de estructuración.

Admitida la necesidad de incorporar una dimensión teleológica para hacer inteligible la noción de función, rechazamos la posición estructural-funcionalista que resuelve esta dimensión finalista remitiendo a una estructura objetiva y a su operación determinista. En la medida en que problematizamos su concepto de “estructura social”, problematizamos también el modo en que esa estructura adscribe a cierto efecto el estatus de fin y, de esta suerte, redefine la acción como función. La incorporación del concepto de institución abre un espacio para que los actores sociales participen en la construcción de una superestructura¹⁷⁸ dotada de la capacidad de atribuir a los agentes las funciones sociales que han de desempeñar. Empero, tal como vimos, este espacio puede ser neutralizado por una concepción de la realidad institucional como estructura social reificada, es decir, como transparente cristalización de la red de relaciones vigentes *de facto* que opera con independencia del juicio y voluntad de los actores sujetos a su fuerza coactiva.

Para distanciarnos del determinismo estructural que permea la lógica funcionalista y otorgar lugar a la subjetividad en la génesis de la institución, podemos empezar por advertir que la participación que de hecho ésta tiene en la asignación de funciones admite generalizarse desde la esfera propiamente social, en que parece *prima facie* más plausible, hacia el uso primario de la noción de “función” en el ámbito orgánico-biológico desde el que analógicamente es extrapolado a la sociedad por los exponentes clásicos del funcionalismo. En otras palabras, es posible no sólo rechazar la licitud del ejercicio que

¹⁷⁸ El concepto de *superestructura* [*Uberbau*] remite a Marx, para quien “la totalidad de las relaciones de producción constituye la *estructura* económica de la sociedad, la base real sobre la cual se alza un edificio [*Uberbau*] jurídico y político, y a la cual *corresponden* determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material *determina* [*bedingen*] el proceso social, político e intelectual de la vida en general. No es la conciencia de los hombres lo que determina su ser, sino, por el contrario, es su existencia social lo que determina su conciencia.” (MARX, K. 1859., *op. cit.*, pp. 66-7 [Destacado agregado]). Las semejanzas *en este punto* con un autor situado en el otro extremo del espectro político-ideológico como Durkheim, saltan a la vista. Se advierte que, desde el punto de vista del pensamiento marxista, la distinción aquí propuesta entre *estructura social* e *institución*, encuentra correlato en las nociones de *estructura* (económico-material) y *superestructura* (ideal-ideológica).

extiende los principios que rigen la lógica de los fenómenos naturales al análisis de la realidad social, sino incluso invertir el sentido en que la operación tiene lugar para advertir ya en la cognición de lo objetivo la irreductible presencia de la subjetividad.

Así, de acuerdo a Searle, puede afirmarse que aún en construcciones teóricas formuladas según los imperativos metodológicos de un rígido positivismo, el *objetivo descubrimiento* de funciones encubre una operación de *subjetiva adscripción* de las mismas:

...salvo en aquellas partes de la naturaleza que son conscientes, *la naturaleza ignora por completo a las funciones*. Es, por ejemplo, intrínseco a la naturaleza el que el corazón bombee sangre y cause su circulación por el cuerpo. [...] Cuando, empero, sobre decir que ‘el corazón bombea sangre’, decimos que ‘*la función del corazón es bombear sangre*’, estamos haciendo algo más que registrar esos hechos intrínsecos. Estamos *disponiendo esos hechos en relación con un sistema de valores albergados por nosotros*. [...] Incluso cuando descubrimos una función en la naturaleza, como cuando descubrimos la función del corazón, el descubrimiento consiste en el descubrimiento de los procesos causales junto con *la asignación de una teleología a esos procesos*.¹⁷⁹

Cuando el objeto de estudio constituye un fenómeno natural, la sola descripción de la regularidad fáctica de sus relaciones causales resulta insuficiente para fundar un juicio que identifique su función. Si hay una función es porque, como hemos señalado, hay un *fin* respecto al cual la actividad resulta “funcional”. El juicio de funcionalidad alberga conceptualmente un componente normativo irreductible a su facticidad causal: exige la puesta en relación del estado de cosas objetivamente aprehendido por la subjetividad cognoscente a partir de la observación de sus nexos causales, con un estado de cosas real o ideal al que, en virtud de un juicio normativo-prescriptivo, se le asigna un valor: “el indicativo en este caso es un imperativo”¹⁸⁰.

¹⁷⁹ SEARLE, J. 1995., *op. cit.*, p. 33 [Destacado agregado].

¹⁸⁰ BOURDIEU, P. 1981., *op. cit.*, p. 117.

Si no es posible hablar de función sino en el marco de una comprensión finalista, el asunto está en discernir la naturaleza y fuente de ese fin articulador –en nuestro caso– del actuar social. Debe desecharse una teleología substancialista que atribuye a una entidad un sentido inmanente enraizado en su esencia ontológica. Debe también descartarse ese finalismo voluble y fragmentario que aparece como el contingente reflejo de condiciones que lo trascienden, efecto mecánico de factores causales externos. Debe, en suma, desecharse la explicación determinista y sus presupuestos ontológicos, y adoptarse un nuevo punto de partida que admita la presencia de hechos ontológicamente subjetivos y permita aprehender el modo en que esa dimensión teleológica se inserta en el proceso de subjetiva construcción de la realidad social.

El fin sobre el que se articula una función social es por definición extrínseco a la entidad, y no puede sino serlo si hemos de admitir que en sí mismos los fenómenos naturales carecen de finalidad. La finalidad denota una dimensión axiológica y volitiva, necesariamente circunscrita en su fuente de origen a la subjetividad humana. La finalidad es siempre subjetivamente adscrita a una entidad y su función habrá de definirse en relación a un “sistema de valores” humanamente articulado. Este sistema de valores orienta teleológicamente la actividad instituyente: la estructura institucional se diseña teniendo como principio regulativo la maximización de su eficacia instrumental, esto es, de su capacidad de satisfacer la necesidad intersubjetivamente erigida como *telos*.

Pero, desde el momento en que la actividad cristaliza y al objeto en su facticidad le es subjetivamente adscrito una finalidad dotada de normatividad, su naturaleza cambia: su calificación deóntica lo inscribe en estrato ontológico distinto, le otorga otra forma de existencia, emerge un sustrato de realidad dotado de objetividad y relativa autonomía ontológica: la realidad institucional.

Entonces, considerados en su facticidad, los objetos carecen de una función. Cuando esa función les es subjetivamente adscrita adquieren un estatus nuevo. La imputación de ese estatus conlleva la asignación de una función de la que naturalmente care-

cen y, con ella, la atribución de un correlativo *poder* hasta entonces también ausente: ahora el objeto ostenta la capacidad de desempeñar un rol que en su pura materialidad le resultaba ajeno y que puede cumplir única y exclusivamente merced a la adjudicación social de dicho estatus. En palabras de Searle:

...la ruptura verdaderamente radical con otras formas de vida viene cuando los humanos, a través de la intencionalidad colectiva, imponen funciones a fenómenos en circunstancias en que la función no puede cumplirse merced a meras propiedades físicas o químicas, sino que requiere la cooperación humana continua en las formas específicas de apercibimiento, aceptación y reconocimiento de un nuevo *status* al que se le asigna una *función*. Éste es el punto de partida de todas las formas institucionales de la cultura humana...¹⁸¹

De este modo, a la imputación de una función va ligada la asociación de un estatus que lo dota de una forma de existencia que difiere de aquella previa al acto en que institucionalmente se le adscribe. Así, la asignación convencional de una función no se limita a codificar la realidad pre-existente en calidad de estructura social, sino que agrega a ésta un estrato de realidad diferente: “[e]sa asignación crea un nuevo hecho, un hecho institucional, un hecho nuevo creado por el acuerdo humano.”¹⁸²

Cuando ese hecho institucional cobra existencia en virtud de sus “reglas constitutivas”¹⁸³, el *telos* extrínseco adscrito a través del acto instituyente –de acuerdo a la me-

¹⁸¹ SEARLE, J. 1995., *op. cit.*, p. 58 [Destacado original].

¹⁸² *Ibid.*, p. 63 [Destacado agregado].

¹⁸³ Searle propone distinguir entre *reglas regulativas* y *reglas constitutivas*: “Las reglas regulativas regulan una actividad preexistente, una actividad cuya existencia es lógicamente independiente de las reglas. Las reglas constitutivas constituyen (y también regulan) una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas.” (SEARLE, J. 1969. *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*. Madrid. Cátedra (2007). p. 43). En otras palabras, mientras las primeras “regulan actividades previamente existentes”; las segundas “no sólo regulan, sino que crean la posibilidad misma de ciertas actividades” (SEARLE, J. 1995., *op. cit.*, p. 45; véase también: *Ibid.*, pp. 61-8). La forma canónica de una regla constitutiva reza “X cuenta como Y” o “X cuanta como Y en el contexto C” (SEARLE, J. 1969., *op. cit.*, p. 44; SEARLE, J. 1995., *op. cit.*, p. 46). A su juicio “los hechos institucionales existen sólo dentro de sistemas de reglas constitutivas”: “El término Y impone un nuevo *status* al fenómeno nombrado por el término X, y el nuevo *status* trae consigo una función que no puede ser cumplida meramente en virtud de los rasgos intrínsecos físicos nombrados por el término X. La función requiere el *status* para poder ser cumplida, y el *status* requiere la intencionalidad colectiva, lo cual incluye una aceptación continuada del *status* con su

cánica de objetivación de la subjetividad externalizada— cambia también de naturaleza: la finalidad que desde el “punto de vista externo” aparece como dato contingente y arbitrariamente añadido, desde el “punto de vista interno”¹⁸⁴ a la realidad instituida significa algo distinto; es percibido como un elemento constitutivo de la entidad, defensorio de su identidad. Desde el punto de vista interno, la finalidad forma parte de la esencia de su ser institucional: el *telos* trascendente se torna inmanente.

En este punto, la forma se consolida, adquiere existencia, exhibe rigidez. Y no sólo muestra resistencia al cambio, sino que existe precisamente con esa finalidad: estabilizar el orden instituido resistiendo la presión de la facticidad divergente:

Las instituciones invocan y deben invocar autoridad sobre el individuo, con independencia de los significados subjetivos que aquél pueda atribuir a cualquier situación particular. *Debe mantenerse constantemente la prioridad de las definiciones institucionales, por sobre los intentos individuales de nuevas definiciones.*¹⁸⁵

Se sigue que el *telos* originalmente subjetivo una vez objetivado en forma institucional ha de disociarse de los sujetos que le dieron vida. En la operación instituyente el *telos* propulsado por los partícipes coagula en un discurso de contornos y contenido delimitado; éste es codificado a nivel institucional y en esa codificación sufre un proceso de *formalización*. La formalización implica no su des-materialización pero sí (a) la cristalización del específico contenido material presente en un momento dado y (b) la pretensión de proyectar prospectivamente ese contenido de modo inalterado. La formalización no puede verse en sí misma como una des-substantivización del discurso toda vez

correspondiente función.” (SEARLE, J. 1995., *op. cit.*, pp. 46; 125). Una distinción paralela puede encontrarse en Rawls entre lo que denomina *reglas como resúmenes* [*summary view*] y *reglas que definen una práctica*: mientras en el primer supuesto “los casos son anteriores lógicamente a la reglas”; en el segundo “las reglas de las prácticas son anteriores, lógicamente, a los casos particulares”. (RAWLS, J. 1955., *op. cit.*, pp. 235; 237).

¹⁸⁴ La incorporación de la distinción entre un “punto de vista interno” y un “punto de vista externo” al análisis del derecho, puede encontrarse en HART, H. L. A. 1961. El concepto de derecho. Buenos Aires. Abeledo-Perrot (1998). pp. 110 y ss.

¹⁸⁵ BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, p. 85 [Destacado agregado].

que sirve al fin opuesto: busca consagrar ese modelo de corrección substantiva conservando su forma ante la variación del entorno. En este sentido la simple oposición dicotómica entre forma y substancia pierde consistencia. Ahora, si bien la forma no puede contraponerse a la substancia en la medida en que *es* la expresión institucional de la substancia; en la práctica la estructura institucional demanda una operación que en su dinámica aplicativa de particularización de las directrices universales de conducta, habrá necesaria y sistemáticamente de enfrentarse a situaciones en que las decisiones derivadas de la imposición del modelo institucionalizado *de facto* se hallarán en contradicción con el sustrato material, axiológico y teleológico que en su momento justificó la construcción del aparato institucional en que encontró formalizada expresión. De ahí que la dimensión normativo-imperativa adopte en su operación fáctica la forma de una imposición externa, objetividad extraña que heterónomamente se impone sobre los particulares; de ahí, como dijimos, que en su funcionamiento la institución se muestre como estructura social reificada¹⁸⁶.

Si el discurso válido en un específico momento se traduce a una fórmula fija, y es esta fórmula y no el discurso en su contenido substantivo la que opera como canon de corrección para el encauzamiento del interactuar social futuro, se sigue también que en el camino el *telos* institucionalizado-formalizado se autonomiza de las voluntades individuales de las que surge¹⁸⁷. Podría decirse, en una terminología usual en el campo de la ética, que con la institucionalización tiene lugar la cristalización deontológica del cálculo de funcionalidad teleológica que en el instante instituyente la justifica. Como asevera Rawls, “el *quid* de la práctica es abdicar del título propio para actuar de acuerdo con las

¹⁸⁶ Volveremos sobre esto al revisar la función del derecho instituido y la violencia conservadora que lo caracteriza. Véase *infra*. §II, 1.3.

¹⁸⁷ En tanto formalizada, la validez de la voluntad instituida se torna independiente del contenido de la voluntad instituyente: “Esta relativa independencia de las normas respecto de las razones que la justifican explican por qué las normas son consideradas como razones completas por sí mismas y por qué *las hipostasiamos y las tratamos como objetos.*” (RAZ, J. 1975., *op. cit.*, p. 90 [Destacado agregado]).

consideraciones utilitaristas y prudentiales”¹⁸⁸; y esto con el específico propósito que hemos señalado define la dimensión coercitiva de la que pende la operatividad fáctica de la realidad institucional como aparato ordenador de la interacción social, a saber, “con el fin de consolidar el futuro y predisponer planes con antelación.”¹⁸⁹

El *telos* articulado por las subjetividades instituyentes adquiere un estatus objetivo, se torna “voluntad general”. Más precisamente: esa voluntad se institucionaliza *como* general y, acto seguido, es retroactivamente *imputada* a la generalidad como su expresión¹⁹⁰. La voluntad disociada de los agentes volitivos se encarna en el sustrato de realidad objetivada: la finalidad trascendente que, a través de la contingente articulación histórica de subjetividades desde el exterior determina la función del ente, es, a través del proceso instituyente, introyectada a la realidad instituida como su esencia. De este modo, cabe reiterar, el *telos* extrínseco se torna inmanente a la realidad socialmente construida.

* * *

De cara al funcionalismo-estructuralista tradicional, las consecuencias de esta posición son trascendentales: desde ahora “las funciones nunca son intrínsecas a la física de ningún fenómeno, sino que son externamente asignadas por observadores y usuarios conscientes”¹⁹¹. La función deja de concebirse como un dato inherente a las entidades porque se advierte que la noción posee una dimensión normativa necesariamente ajena a la realidad en su objetividad y, por consiguiente, necesariamente adscrita a ella por la subjetividad que la conoce. La dimensión de funcionalidad se superpone al plano fácti-

¹⁸⁸ RAWLS, J. 1955., *op. cit.*, p. 227. También: *Ibid.*, pp. 236 y ss.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 227.

¹⁹⁰ Cfr. BOURDIEU, P. 2005. El misterio del ministerio. De las voluntades particulares a la ‘voluntad general’. En: WACQUANT, L. (Coord.). 2005. El misterio del ministerio. Pierre Bourdieu y la política democrática. Barcelona. Gedisa. pp. 71-79.

¹⁹¹ SEARLE, J. 1995., *op. cit.*, p. 33.

co-causal como una aportación subjetiva que en el acto de conocer al objeto participa de su construcción¹⁹².

Se desprende de lo anterior que en este contexto las condiciones de posibilidad del conocimiento de la realidad se confunden parcialmente con las condiciones que hacen posible la existencia de la realidad conocida: la inteligibilidad de la función de un ente social lógicamente demanda la identificación de una finalidad, esa finalidad en su dimensión inexorablemente normativa es adscrita por el sujeto cognoscente; por tanto, la adscripción de un fin como precondition para la aprehensión de la función es al mismo tiempo la adscripción de una función como precondition para la *existencia* de esa función como atributo del objeto a conocer. El conocimiento del objeto es al mismo tiempo construcción subjetiva del objeto:

Lo que en la sociedad se da por establecido como conocimiento, llega a ser simultáneo con lo cognoscible, o en todo caso proporciona el armazón dentro de la cual todo lo que aún no se conoce llegará a conocerse en el futuro. [...] En este sentido, el conocimiento se halla en el corazón de la dialéctica fundamental de la sociedad: ‘programa’ los canales en los que la externalización produce un mundo objetivo; objetiviza este mundo a través del lenguaje y del aparato cognoscitivo basado en el lenguaje, vale decir, lo ordena en objetos que han de aprehenderse como realidad. Se internaliza de nuevo *como* verdad objetivamente válida en el curso de la socialización. El conocimiento relativo a la sociedad es pues una *realización* en el doble sentido de la palabra: como aprehensión de la realidad social objetiva y como producción continua de esa realidad.¹⁹³

¹⁹² En los términos de Searle, una función *no* es un “rasgo intrínseco al objeto” –esto es, una propiedad que no depende de ninguna actitud de los observadores o usuarios–, sino un “rasgo relativo al observador” que existe exclusivamente en relación con la intencionalidad de los agentes. (*Ibid.*, pp. 29; 33). Consecuencia lógica de la distinción, es que “para cualquier rasgo F relativo al observador, el *parecer F* tiene primacía lógica sobre *ser F*, porque –correctamente entendido– el *parecer F* es una condición necesaria de *ser F*.” (*Ibid.*, p. 32 [Destacado original]).

¹⁹³ BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, pp. 87-8 [Destacado original]. Cfr. *Ibid.*, p. 191. En la misma línea Bourdieu sostiene: “La clase ‘real’, suponiendo que haya existido ‘realmente’ alguna vez, tan sólo es la clase realizada, es decir movilizad, desenlace de la *lucha de clasificaciones* como lucha propiamente simbólica (y política), para imponer una visión del mundo social, o, mejor aún, una manera de construirlo, en la percepción y en la realidad, y de construir las clases según las cuales puede ser distribuido.” Se trata de el “efecto de teoría” que asocia a Marx: “efecto propiamente político que consiste en

Antes revisamos cómo para Durkheim y Mauss operaciones cognoscitivas básicas como la clasificación no constituyen categorías abstractas inscritas en la estructura de la subjetividad humana o en el fragmento de naturaleza *qua* objeto a conocer, sino expresión de la estructura social mediada por las representaciones colectivas ulteriormente instanciadas en las consciencias individuales. Ahora se ilumina una nueva dimensión susceptible de identificarse en la misma operación clasificatoria. Para ellos la clasificación era una operación subjetiva determinada en su naturaleza por la estructura social objetiva que a través de ella se expresa, efecto del todo social sobre los particulares “sujetos”¹⁹⁴ a su constreñimiento; ahora la misma operación aparece no como actividad *determinada-estructurada* sino como actividad *determinante-estructurante*. La mecánica clasificatoria no se reduce a la condición de reflejo superestructural¹⁹⁵, y, sin negar el objetivo condicionamiento histórico contextual emanado del espacio desde el que opera, se advierte su *poder estructurante*, su capacidad de incidir sobre la estructura; en suma, su *poder instituyente*. Clasificar la realidad no es un ejercicio meramente metodológico orientado a su cognición, sino un acto ontológico de creación de la realidad. Esto nos remite a lo que antes denominamos proceso de *objetivación*¹⁹⁶; comprendidas en él todas cruciales implicancias que identifica Pérez Soto:

No hay ‘objetos objetivos’ por sí mismos (dados, exteriores, presentes). Todo objeto recibe su objetividad de la objetivación que lo establece o, también, todo objeto es el objeto que es solo en virtud de la humanidad que contiene. Y aun, más allá, todo objeto es deseable o valioso

mostrar (*theorein*) una ‘realidad’ que no existe completamente mientras no se la conozca y reconozca”. (BOURDIEU, P. 1989. Espacio social y espacio simbólico. En: BOURDIEU, P. 2007. Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción. Barcelona. Anagrama. pp. 24 [Destacado original]; 23).

¹⁹⁴ Sobre la significativa ambigüedad del concepto “sujeto”, véase ALTHUSSER, L., *op. cit.*, p. 148.

¹⁹⁵ En el sentido señalado por el propio Marx (Cfr. MARX, K. 1859., *op. cit.*). Sobre el concepto de “ideología” afín a esta comprensión del concepto de superestructura, véase ALTHUSSER, L., *op. cit.*, pp. 128 y ss.

¹⁹⁶ Según Durkheim y Mauss: “el mecanismo en virtud del cual construimos, proyectamos al exterior y localizamos en el espacio nuestras representaciones del mundo sensible” (DURKHEIM, É. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 25). Cfr. BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, pp. 72-89.

(tiene valor, puede ser objeto de deseo) solo en virtud de esa humanidad, la que contiene o promete.¹⁹⁷

El efecto performativo merced al cual la nominación del objeto equivale a la adscripción de su objetividad, es decir, a su constitución ontológica en tanto objeto, puede captarse a través de lo que Bourdieu ha denominado *poder simbólico*¹⁹⁸. Esta noción muestra la capacidad de incorporar la fase objetivo-instituida dentro de una concepción más amplia que dé cuenta de la dimensión subjetivo-instituyente y, sobre todo, de la tensión dialéctica que anima su relación:

El poder simbólico, cuya forma por excelencia es el poder de hacer grupos y de consagrarlos o instituirlos (en concreto a través de ritos de institución, cuyo paradigma es el casamiento), consiste en el poder para hacer que algo, que previamente sólo existía en un estado implícito, exista en estado objetivado, público y formal, como con la constelación que [...] sólo comienza a existir cuando es seleccionada y designada como tal. Cuando es aplicada a un colectivo social, incluso uno que es potencialmente definido como una nube, *el poder realizador del nombramiento*, que casi siempre viene acompañado de un *poder de representación*, surge en forma instituida, por ejemplo, como cuerpo corporativo, que hasta en-

¹⁹⁷ PÉREZ SOTO, C. 2008., *op. cit.*, p. 76.

¹⁹⁸ Véase, entre otros; BOURDIEU, P. 1977., *op. cit.*; BOURDIEU, P. 1981., *op. cit.*; BOURDIEU, P. 1987., *op. cit.*; BOURDIEU, P. 1989., *op. cit.*. Próxima en este aspecto a la lectura de Bourdieu, es la posición de Pérez Soto. Lo que Bourdieu llama “capital social” denota “la totalidad de recursos basados en la pertenencia a un grupo”, esto es, “la posesión de un *red duradera de relaciones más o menos institucionalizadas* de conocimiento y reconocimiento mutuo”. Se sigue que, si “el capital social está de tal forma gobernado por la lógica del conocer y del reconocer, [...] *siempre funciona como capital simbólico*.” (BOURDIEU, P. 1983., *op. cit.*, pp. 148 [Destacado agregado]; 156 n. 22). Para Pérez Soto, por su parte, la reificación, inherente a la institucionalización de las relaciones sociales, “es una cosificación que nos domina, que ejerce poder sobre nosotros. O, de manera más precisa, que constituye a algunos de nosotros como poseedores de poder sobre otros. Aquí la figura del poder se hace visible, explícita [...]. Y opera sobre nosotros esencialmente sobre nuestra subjetividad, como *poder en el orden simbólico*. Cuando se trata de seres humanos no hay más poder que éste. El único poder real y efectivo es el que obtiene obediencia desde nosotros mismos.” (PÉREZ SOTO, C. 2008., *op. cit.*, p. 85 [Destacado agregado]) Esta última lectura parece remitir a Hegel: “La voluntad libre [...] no puede ser en y por sí *violentada*, sino sólo en cuanto ella misma *no retorna a sí de la exterioridad* en que se la mantiene o de su representación. Sólo se puede violentar a algo a quien *quiere* dejarse *violentar*.” (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§91] 179 [Destacado original]).

tonces sólo existía como una colección consecutiva de individuos yuxtapuestos.¹⁹⁹

El mecanismo que está en la base del proceso instituyente supone que categorías que hacen referencia simbólica a un sustrato de realidad adquieren cierto nivel de objetividad que les permite operar con autonomía respecto a la realidad referida y a la real capacidad del símbolo de referirla. Opera un *poder de categorización* como *poder instituyente*; en los términos de Bourdieu, un *acto simbólico de nominación*: “enunciación creativa que, consagrando lo que enuncia, lo lleva a un grado de existencia superior, plenamente consumado, el de la institución instituida”²⁰⁰. Como ocurre, por cierto, en el lenguaje, la referencia ausente se hace presente a través de su re-presentación²⁰¹. Dicho de otro modo, mediante cierta representación de lo real, la representación se transforma en lo real mismo, se instituye como real.²⁰²

La aparente simplicidad de la operación de categorización oculta su dimensión constructivista: el establecimiento de un criterio de clasificación supone que un atributo en principio ajeno al objeto le es asignado como rasgo medular. Ese atributo no es *descubierto* sino *impuesto* al objeto; con ello, lo faculta para cumplir una función que en su facticidad pre-institucional le resultaba inalcanzable, función que *ex post* se desplaza retroactivamente para re-significarse como el criterio sobre el que *ab initio* se habría basado la operación clasificatoria.

¹⁹⁹ BOURDIEU, P. 1987., *op. cit.*, p. 124 [Destacado agregado].

²⁰⁰ BOURDIEU, P. 1986., *op. cit.*, p. 203.

²⁰¹ “[E]l lenguaje objetiviza el mundo, transformando el *panta rhei* de la experiencia en un orden coherente. Al establecer este orden el lenguaje *realiza* un mundo, en el doble sentido de aprehenderlo y producirlo.” (BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, p. 191 [Destacado original]).

²⁰² Bourdieu define la “eficacia simbólica de los ritos de institución” como “el poder que poseen de actuar sobre lo real actuando sobre la representación de lo real”. (BOURDIEU, P. 1981., *op. cit.*, p. 115).

Mas la asociación subjetiva de ese rasgo (en adelante) objetivo, es también una prescripción volitiva²⁰³: la asignación del atributo, la introyección de un *telos* externo y su re-significación como finalidad inmanente, obedece a un propósito instrumental; se da una apropiación social –estratégicamente fundada– del objeto al que institucionalmente se le adscribe un rol. En la medida en que la función le es ajena en su materialidad, sólo existe y subsiste en tanto goce de eficacia a nivel social, y esta eficacia depende exclusivamente de su social reconocimiento como tal:

El poder simbólico como poder de constituir el dato a través del enunciado, de hacer ver y creer, de confirmar o transformar la visión del mundo y, mediante eso, la acción sobre el mundo, por consiguiente el mundo, poder cuasimágico que permite obtener el equivalente de lo que se obtiene por la fuerza (física o económica), gracias al efecto específico de la movilización, no se ejerce más que si es *reconocido, es decir desconocido como arbitrario*. [...] Lo que genera el poder de las palabras y las palabras de orden, el poder de mantener el orden o de subvertirlo, es la creencia en la legitimidad de las palabras y de quien las pronuncia, creencia que no pertenece a las palabras de producir.²⁰⁴

De esta suerte, en el *conocer* el objeto mediante la determinación de sus propiedades –una función, por ejemplo– y su correlativa inscripción en determinadas categorías, hay un *reconocer* al objeto como miembro de esa clase, legítimo portador de los atributos de los que pende su pertenencia, y, en este reconocimiento de su membrecía, hay también un *desconocer* donde la operación de asignación institucional del rasgo como operación subjetivo-convencional, contingente y, por ende, arbitraria, es opacada e

²⁰³ “Así, el acto de institución es un acto de comunicación, pero de una clase particular: notifica a alguien de su identidad, pero a la vez que expresa esa identidad y se la impone, la expresa ante todos (*kateghosthai* es, en principio, acusar públicamente) y lo notifica con autoridad lo que *es* y lo que *tiene que ser*.” (BOURDIEU, P. 1981., *op. cit.*, p. 117 [Destacado agregado]). En el mismo sentido: BOURDIEU, P. 1986., *op. cit.*, p. 201.

²⁰⁴ BOURDIEU, P. 1977., *op. cit.*, p. 98 [Destacado agregado].

incorporada a la objetividad del objeto como un atributo inmanente y, por consiguiente, “natural”²⁰⁵.

* * *

Es posible generar un espacio conceptual para la participación de la subjetividad en la construcción de la maquinaria institucional que habrá de regular la (inter)acción colectiva mediante la asignación de roles a sujetos y entidades que por esta vía adquieren una nueva existencia en el plano social. Para ello debe rechazarse, de una parte, el estructuralismo funcionalista que pretende aprehender la noción de institución en términos objetivistas de acuerdo a un determinismo causal en que ésta se limita a reproducir el orden *de facto* articulado en la estructura consagrándolo para garantizar prospectivamente su vigencia en una proceso de institucionalización que opera de modo natural, esto es, como cristalización de prácticas históricamente asentadas y progresivamente

²⁰⁵ La eficacia del “efecto mágico de nominación” que caracteriza todo acto de institución depende –como indicamos– del reconocimiento social de su validez: “sólo puede funcionar en la medida en que la fuerza propiamente simbólica de legitimación o, mejor, de *naturalización* (siendo lo natural aquello cuya legitimidad no se cuestiona), recubre y redobla la fuerza histórica que su autoridad y su autorización refuerzan o liberan” (BOURDIEU, P. 1986., *op. cit.*, p. 204 [Destacado agregado]). Por lo tanto, si un enunciado tiene el poder de constituir el dato enunciado, ese poder no reside en el propio enunciado –en su “fuerza ilocucionaria” (Cfr. SEARLE, J. 1969., *op. cit.*, pp. 31 y ss.)– “sino que se define en y por una relación determinada entre quienes ejercen el poder y quienes lo sufren, es decir, en la estructura misma del campo donde se produce y reproduce la *creencia* [en su validez]”. (BOURDIEU, P. 1977., *op. cit.*, p. 98). Cuestión expresamente reconocida, por ejemplo, por Searle –quien desde la tradición analítica ha desarrollado la “teoría de los actos de habla” implícitamente criticada por Bourdieu–: “El secreto para comprender la existencia continuada, la persistencia, de los hechos institucionales es, sencillamente, que los individuos directamente implicados y un número suficiente de miembros de la comunidad relevante deben seguir *reconociendo y aceptando la existencia de esos hechos*. Puesto que el *status* queda constituido por la vía de la aceptación colectiva del mismo, y puesto que la función, para ser cumplida, requiere el *status*, para que todo funcione resulta esencial que haya una *aceptación continuada del status*. En el momento en que, pongamos por caso, todos o casi todos los miembros de una sociedad rechazan el reconocimiento de los derechos de propiedad, como en una revolución u otro tipo de revuelta, los derechos de propiedad dejan de existir en esa sociedad.” (SEARLE, J. 1995., *op. cit.*, p. 128 [Destacado agregado]). Sobre las dimensiones de *conocimiento, reconocimiento y desconocimiento* implicadas en la operación ideológica, véase ALTHUSSER, L., *op. cit.*, pp. 138 y ss.

perfeccionadas para corresponder a necesidades objetivas. Pero, por otra parte, debe evitarse incurrir en la distorsión opuesta e igualmente errónea que concibe la realidad institucional en términos netamente subjetivo-constructivistas; donde el proceso instituyente se piensa en un contexto ahistórico liberado de toda presión emanada de estructuras ya vigentes para reconducir causalmente su emergencia al simple acuerdo o convenición de subjetividades coordinadas para articular *ex nihilo* una nueva realidad: fruto no-determinado del libre ejercicio de su voluntad de autodeterminación individual²⁰⁶.

La realidad institucional no es ni pura objetividad ni pura subjetividad, sino el punto en que converge la tensión entre

(a) la *fuerza instituyente* en que impera la voluntad constructivista de los agentes que a partir de fines y sistemas axiológicos subjetivo-colectivos *deciden* erigir un aparato institucional que responda a las necesidades de la sociedad cuya estructuración protagonizan, y que subsistirá única y exclusivamente en virtud del continuado ejercicio de esa voluntad instituyente en forma de un re-conocimiento de la validez del articulado de relaciones institucionalmente consagrado; y

(b) la *fuerza de la realidad instituida* que, como maquinaria objetivada, “expropia” a los sujetos su voluntad instituyente y la incorpora, formalizándola, en la voluntad

²⁰⁶ Rechazar el determinismo estructural-funcionalista no debe conducirnos a abogar por un constructivismo nominalista radical. Si en efecto debe reconocerse en la realidad institucional un sustrato de realidad ontológicamente dependiente de la voluntad subjetiva de articularla como estructura objetiva, ello no implica negar el efecto de determinación que las estructuras vigentes *de facto* ejercen sobre la propia actividad estructurante que llamamos instituyente. Más bien, como sostiene Bourdieu: “los esquemas de percepción y apreciación que están en el origen de nuestra construcción del mundo social son producidas por un trabajo histórico colectivo pero a partir de las estructuras mismas de ese mundo: *estructuras estructuradas*, históricamente construidas, nuestras categorías de pensamiento contribuyen a producir el mundo, pero en los límites de su correspondencia con las *estructuras preexistentes*”. Y no sólo la operación estructurante no se encuentra libre de los efectos deterministas estructurales, sino que su propio efecto estructurante –el “éxito” del acto de habla performativo-instituyente– se encuentra en parte condicionado a su concordancia respecto a esas estructuras pre-existentes: “En la medida, y únicamente en la medida, en que proponen principios de visión y división objetivamente ajustados a las divisiones preexistentes de las que son productos, los actos simbólicos de nominación tienen toda su eficacia de enunciación creativa que, consagrando lo que enuncia, lo lleva a un grado de existencia superior, plenamente consumado, el de la *institución instituida*.” (BOURDIEU, P. 1986., *op. cit.*, pp. 202-3 [Destacado agregado]).

instituida que entonces se ejerce coactivamente como modelo de regulación de la (inter)acción social, y cuyo rol de heterónoma imposición fáctica –su legítimo recurso a la violencia para controlar la desviación e imponer a los particulares la decisión institucionalmente universalizada en salvaguarda del modelo objetivado– se admite con prescindencia de la corroboración de la (in)adecuación entre la voluntad consagrada en los modelos conductuales rígidamente codificados y las voluntades de los actores de cuya decisión y reconocimiento dependió y *de facto* depende la existencia de la institución.

* * *

Una adecuada comprensión de la pena exige entender el derecho en cuyo seno existe como una construcción institucional y esta realidad aprehenderse a partir de un modelo que integre “el análisis de la experiencia de los agentes sociales y el análisis de las estructuras objetivas que hacen posible esta experiencia.”²⁰⁷

Los distintos roles que cabe asignar al castigo pueden reconducirse a un sustrato de operación común que nos faculta para establecer una equivalencia funcional que justifica mantener un concepto unitario de pena frente a la posición que lo diluye en fragmentos inconexos.

Esta operación referencial que permite establecer la unidad estructural subyacente, emana de la unidad del contexto en que la práctica punitiva tiene lugar; en la medida en que se inscribe en un orden jurídico, se encuentra definida en su existencia por el derecho. Es, por lo tanto, fundamental para comprender su función, insertar la pena y su posible justificación en el marco más amplio del derecho y su posible justificación.

²⁰⁷ BOURDIEU, P. 1988., *op. cit.*, p. 80.

Ahora, si el derecho en efecto articula funcionalmente el sentido de la pena, esa articulación sólo daría pie para afirmar la existencia de una estructura constante si el propio derecho exhibiese una estructura funcional invariable en lo nuclear. A nuestro juicio, esa estructura puede captarse si entendemos la función del derecho de acuerdo al modelo teórico que lo concibe como realidad institucional.

Esbozados ya los instrumentos conceptuales básicos, intentaremos aplicarlos para comprender la función el derecho como específico aparato institucional, para luego esbozar una explicación de un específico instrumento institucionalmente definido en su interior como es la pena.

§ II. FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

1. Función social del derecho penal como extensión de la función del derecho en general

1.1. Introducción. Derecho y violencia

Sin el sistema penal, los Estados serían teatro de continuas luchas y de guerras sin límites.

F. Carrara (1890)

Constituye un lugar común explicar la función que desempeña el derecho estableciéndolo en contraposición con el fenómeno de la violencia: el derecho –reza el argumento– sería el instrumento reductor de la violencia social por excelencia¹. En clara

¹ Lo que legitimaría al Derecho penal –señala Silva Sánchez– “sería su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia –en sentido amplio– que se genera en una sociedad. En efecto, la ausencia de un ‘Derecho’ penal supondría, de hecho, el abandono del ‘control de la desviación’ al libre juego de las fuerzas sociales: en definitiva, a una dinámica de ‘agresión-venganza (agresión)-venganza’. Su presencia, en cambio, como mecanismo organizado y monopolizado por el Estado tiene significativas ventajas.” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1992. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona. José María Bosch. p. 181). La adscripción al derecho penal de la misión aminorar la violencia social no significa para Silva Sánchez negar la naturaleza violenta de la operación con que realiza dicho cometido. Pese a ello, adhiriendo al discurso del “derecho penal liberal”, sostiene que la violencia protagonizada por el propio derecho se encontraría significativamente acotada: a partir de la Ilustración “el Estado procede a enmarcar los presupuestos de su intervención punitiva y la intervención misma en unas ‘formas’ que cumplen funciones garantísticas y de reducción de cotas de violencia.” (*Ibid.*, p. 181 [Destacado agregado]).

remisión a la tradición de pensamiento liberal, el derecho se concibe como herramienta civilizadora que impone *orden* al caos anómico. En palabras de Bentham:

El poder de castigar se ejerce en el estado salvaje ó de naturaleza por cada individuo segun el grado de resentimiento ó fuerza personal. Cada restriccion de este poder ha señalado los progresos de la civilizacion, y por el contrario los esfuerzos de la muchedumbre para volverse á apoderar de él, han señalado lo que se retrogradaba hácia la anarquía.²

Frente al *desorden*, a la “guerra de todos contra todos”³ que impera en el escenario pre-jurídico de un “estado de naturaleza”, emerge el Estado que, concentrando el poder cedido por los particulares, instauro el derecho. E instituir el derecho equivale a erigir para sí un supra-derecho: la soberanía⁴; el derecho a monopolizar un derecho del

Como bien dice, y como a continuación veremos, se trata de una violencia dotada de *forma*. La oposición de esta *violencia formal* a la *violencia informe* del crimen redundaría, a su juicio, en un saldo neto de disminución global de la violencia, finalidad (utilidad) que serviría de justificación del derecho penal. (*Ibid.*, p. 182). Con especial énfasis en la *formalización* como clave explicativa de la especificidad del control social ejercido a través del derecho penal, véase: HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. 1989. Introducción a la criminología y al derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch. pp. 114 y ss.; en particular: pp. 116-22; y HASSEMER, W. 2003., *op. cit.*, pp. 33-7. Sobre el potencial socialmente destructivo de la escalada de violencia generada a partir de la dinámica “agresión-venganza (agresión)-venganza” en un escenario pre-estatal, véase: GIRARD, R. 1972. La violencia y lo sagrado. Barcelona. Anagrama (1995). pp. 22; 62.

² BENTHAM, J. 1811. Teoría de las penas y de las recompensas. Tomo I. Barcelona. Imprenta de D. Manuel Saurí (1838). p. 42.

³ “[E]s manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; *una guerra tal que es la de todos contra todos*.” En la medida en que el hombre permanece preso de ese *estado de naturaleza* – continúa Hobbes– “existe continuo temor y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve”. (HOBBS, T., *op. cit.*, pp. [§ XXX] 102; 103 [Destacado agregado]). En la misma línea, y con más de tres siglos de distancia, Squella, postula como finalidad del derecho proveer una “paz relativa”: “paz porque, al monopolizar con éxito el uso de la fuerza, termina con la *guerra de todos contra todos* e impide que las luchas y conflictos de intereses entre individuos y grupos concluya simplemente con la aplicación de la ley del más fuerte” (SQUELLA, A. 1999. Introducción al derecho. Santiago. Jurídica de Chile. p. 533 [Destacado agregado]). No obstante, advierte luego, de modo a nuestro juicio acertado, que esa paz sería tan sólo *relativa*; primero porque no es absoluta (la violencia social siempre subsiste) y segundo, y para nuestros propósitos más significativo, porque el propio derecho hace uso de ella como reacción a las conductas contrarias a sus prescripciones.

⁴ Según la definición tradicional “la soberanía es el poder supremo, jurídicamente independiente y no derivado de ningún otro.” (SCHMITT, C. 1934. Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía. 2ª ed. En: ORESTES AGUILAR, H. (Ed.) 2001. Carl Schmitt, teólogo de la política. México D. F.. FCE. p. 30). Entre sus consecuencias se sigue que “[n]o es posible aplicar el concepto de crimen a una persona soberana, que desde ningún punto de vista puede ser sometida a un poder superior del

que, hasta entonces, gozaban los particulares y que, desde ahora, les es proscrito: el derecho a la violencia⁵. Concentrada la violencia en el Estado, desaparece de la sociedad: se establece la paz y con ello el orden social⁶. Así, paradigmáticamente, en Beccaria:

Las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar de una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad.⁷

En este marco el rol social del castigo es crucial: “No se podría concebir –señala Bentham– un solo derecho, ni del gobierno ni de los individuos que pudiese existir sin el

Estado” (FEUERBACH, A. v. 1801. Tratado de derecho penal. Buenos Aires. Hammurabi (2007). pp. [§29] 58-9).

⁵ Carrara, siguiendo a Locke, postula el derecho a la violencia como un derecho natural, intrínseco al hombre, expresado en su legítima potestad de ejercerla en defensa de su libertad, y solo luego cedido (con fines pragmático-estratégicos) al Estado en virtud del contrato social: “como el hombre, por ley natural, está investido de los derechos que le son indispensables para el cumplimiento de sus propios deberes y de su misión en la vida terrena, por ello está investido, en virtud de la misma ley natural de la libertad de defender esos derechos, en los cuales se compendia su libertad”. El *jus punitivum* que la autoridad social ejerce “con mayor energía, con mayor seguridad y mayor eficacia de lo que podría el individuo [...] *no cambia la naturaleza* del derecho originario, pues sigue siendo el mismo *jus punitivum* que preexistía en el individuo como contenido necesario del derecho que le dispensó la ley natural.” (CARRARA, F. 1890. Programa de Derecho Criminal. Parte general. Volumen II. Bogotá. Témis (1988). pp. 49; 50 [Destacado original]). Consecuencia práctica de lo anterior es que el excepcional ejercicio de la violencia privada se circunscribe a través de la institución de la legítima defensa en los términos señalados por Feuerbach: “...dado que el ciudadano necesariamente *ha transferido al Estado su derecho al uso de la fuerza privada*, dentro del Estado la adecuación a derecho de la defensa propia presupone [...] un caso que no pueda haber quedado abarcado dentro de la enajenación de la fuerza privada hecha al Estado. Dicho caso es cuando el poder público no puede proteger.” (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§36] 62). En contra de esta tesis que postula una raíz originariamente individual del derecho a castigar y concibe su desplazamiento al dominio público como un fenómeno lógico e históricamente posterior: DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 107-8.

⁶ “La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que [...] es consecuencia necesaria de las pasiones naturales cuando no existe un poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las leyes de la naturaleza...” (HOBBES, T., *op. cit.*, p. [§ XVII] 137).

⁷ BECCARIA, C. 1764. De los delitos y de las penas. México D. F.. FCE (2006). p. 215.

de castigar; porque ese es la sancion de todos los demás"⁸. Esta apología de las virtudes de la pena ha de conservarse intacta si, siglos después, Rivacoba puede sostener que, en radical contraste con la “violenta, irracional y anómica” venganza primitiva,

*La pena [...] es obra de la razón y se halla plena de razones y estimaciones, está creada y reglada por normas y representa una ecuación o equilibrio de valoraciones, y se propone evitar la violencia, resolver conflictos y lograr la paz social, todo lo cual significa que se encuentra sujeta a límites y explica que se humanice conforme progresan la inteligencia y la sensibilidad.*⁹

Pese a esta exaltación de sus méritos, la pena ha debido cargar con el estigma de una indeleble ambigüedad que se expresa en la paradójal dificultad de insertarla coherentemente en el seno del mismo modelo teórico que ofrece una apología de sus inapreciables virtudes civilizadoras¹⁰. Y, en efecto, si por definición el derecho se orienta a suprimir o al menos a reducir la violencia; resulta como mínimo contra intuitivo, si no directamente absurdo o contradictorio, que a un mismo tiempo aparezca validando que el aparato estatal ejerza sobre los particulares actos de violencia desde un punto de vista fenoménico indistinguibles de aquellos que, en tanto prohibidos, avalan su imposición bajo el rótulo de “castigo”¹¹. Si el derecho se justifica por su capacidad para establecer la paz social, es razonable suponer que lo hace por medio de la pacífica resolución de conflictos; por tanto, la presencia de un mecanismo manifiestamente violento, como es la pena, ha aparecido a lo largo de la historia como signo de anomalía: grieta excepcional

⁸ BENTHAM, J. 1811., *op. cit.*, p. 41. Si nos desplazamos desde el exponente paradigmático del utilitarismo teleológico al ícono de la ética deontológica encontramos, no obstante, una proposición equivalente: “La mera idea de una constitución civil entre los *hombres* conlleva ya el concepto de una justicia penal, que incumbe al poder supremo.” (KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. 206 [Destacado original]).

⁹ RIVACOBA Y RIVACOBA, M. d. 2002. La retribución penal. *Dereito y Ciudadania* 14(IV) (2002): 16 [Destacado agregado].

¹⁰ Como señala Hassemer: “El sufrimiento de la pena no ha dejado en paz al ser humano”. (HASSEMER, W. 2003., *op. cit.*, p. 7 [Destacado agregado]).

¹¹ En palabras de Bentham: “las penas y los delitos son igualmente males causados por la agencia libre de los hombres [...]. *La diferencia entre las penas y los delitos no está pues en la naturaleza que es ó puede ser la misma, sino en la legitimidad de los otros*, porque los delitos están prohibidos por la ley, y las penas son obra suya...” (BENTHAM, J. 1811., *op. cit.*, p. 43 [Destacado agregado]).

en un edificio jurídico –en todo lo demás– pulcramente configurado en coherencia con su *telos* de oposición a la violencia.

Como señala Foucault, en determinado momento histórico esta anomalía es percibida: el castigo como “rito que ‘cerraba’ el delito se vuelve sospechoso de mantener con él turbios parentescos: de igualarlo, si no sobrepasarlo en salvajismo”. Hay, desde entonces, cierta “vergüenza de castigar”¹², vergüenza que ya experimentaba Beccaria de cara a la pena de muerte:

Si las pasiones o la necesidad de la guerra han enseñado a derramar la sangre humana, las leyes, moderadoras de la conducta de los mismos hombres, no debieran aumentar este fiero documento, tanto más funesto cuanto la muerte legal se da con estudio y pausada formalidad. Parece un absurdo que las leyes, esto es, la expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, lo cometan ellas mismas, y para separar a los ciudadanos del intento de asesinar ordenen un público asesinato.¹³

¹² FOUCAULT, M. 1975. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México D. F. Siglo XXI (2010). pp. 18; 19.

¹³ BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 280. Cabe señalar de paso que, si bien su pionero rechazo a la “crueldad de las penas” ha hecho de Beccaria emblema de la ilustrada “humanización” del castigo, un examen medianamente atento revelaría que ese resultado humanitario viene precedido por un razonamiento netamente estratégico-utilitario: es la inutilidad preventivo-disuasiva de la pena de muerte lo que a su juicio aboga a favor de su supresión y sustitución por castigos alternativos que la superen en eficacia: “La pena de muerte hace una impresión, que con su fuerza no sufre al olvido pronto [...]. Regla general: las pasiones violentas sorprenden los ánimos, pero no por largo tiempo, y por esto son a propósito para causar aquellas revoluciones, que de hombres comunes hacen persas o lacedemonios...”. Por el contrario, “[n]o es lo intenso de la pena lo que hace el mayor efecto sobre el ánimo de los hombres, sino su extensión; porque a nuestra sensibilidad mueven con más facilidad y permanencia las continuas, aunque pequeñas impresiones, que una u otra pasajera, y poco durable, aunque fuerte.” (*Ibid.*, pp. 276-7; 276). Si tras su propuesta subyace una específica racionalidad, esta sería de orden estratégico-utilitario y no deontológico: son imperativos funcionales y no axiológico-humanitarios los que determinan que, en palabras de Foucault, “la mecánica ejemplar del castigo cambie sus engranajes”. Lo que se modifica es el aparato tecnológico de que se sirve el castigo: son los medios y no los fines los que sufren una transformación. En palabras de Foucault, desde entonces “se pide eficacia a su fatalidad, no a su intensidad visible; es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen”. (FOUCAULT, M. 1975., *op. cit.*, p. 18). La estructura pragmática del argumento que subyace al alegato en pro de la humanización del castigo se observa, por ejemplo, en Mezger al momento en que incorpora la exigencia de “respeto a la personalidad” en el marco de una justificación prevencionista-disuasoria (intimidatoria) de la pena: “no puede hablarse de una ‘prevención general’ eficaz sin incluir en la misma también el criterio de respeto a la personalidad”. Antes bien, “[l]a experiencia enseña que nada embrutece y, a la postre, estimu-

A consecuencia de este anómalo mas irrefutable recurso a la fuerza física, la posición en comento concluiría que, tanto la presencia de la pena al interior del derecho, como el segmento de derecho en que se inserta, es decir, el denominado derecho penal, exigirían un *plus* de legitimación del que las demás esferas de lo jurídico se encontrarían exentas.

Nuestra tesis se plantea en oposición a esta explicación estándar de la función del derecho. No pretendemos negar el hecho evidente de que discursivamente pretende y *de facto* logra reducir de modo significativo determinados focos de violencia social. Lo que rebatiremos es (a) primero, que el derecho se articule en oposición a la violencia como tal, es decir, a toda violencia por el hecho de constituir violencia; para sostener, en cambio que, si el derecho tiende a moderarla o circunscribirla, lo hace sobre un espectro también circunscrito de sus manifestaciones. Señalaremos también (b) en segundo lugar, que el modo en que el derecho se opone a ciertas expresiones de violencia constituye en sí mismo una *forma de violencia*.

Ahora bien, como a continuación veremos, ambos puntos aluden en realidad a un único fenómeno: el derecho rechaza sólo ciertas formas de violencia *porque* se atribuye un derecho exclusivo a la violencia. Por ende, su rechazo no se dirige a esas prácticas tanto por constituir ejemplares particulares de una violencia genérica, como por el hecho de que su concreta expresión representa una amenaza a la exclusividad de su derecho a ejercerla.

Se sigue que la anomalía predicada respecto a la pena en base a la violencia que su práctica exhibe, carece de sustento. No queda sino comprender la función social del castigo en conexión con el aparato institucional en que se inscribe. Esto implica concebirlo como instrumento estratégicamente articulado para servir a los fines institucionales

la tanto al delito como un sistema penal rudo y brutal, contrario a la conciencia de la época. Solamente la pena *justa y humana* ejerce una verdadera función ‘preventiva general’ sobre la conciencia de la colectividad.” (MEZGER, E. 1955. Derecho Penal. Libro de estudio. Parte General. Buenos Aires. Bibliográfica Argentina (1958). pp. 373 [Destacado agregado]; 373 [Destacado original]).

que por su intermedio reciben expresión. Si la pena, como sostenemos, constituye una práctica institucionalmente definida, ha de concebirse como un acto de aplicación constitutiva/constituyente de una *norma*¹⁴; norma que se justifica en virtud del fin (*telos*) que consagra y que mediatamente justifica la práctica configurada por su regular particularización aplicativa. Deriva de lo anterior que la específica forma que adopta una práctica institucionalmente constituida como el castigo ha de ser funcional a los fines del orden que la define; en concreto, que si la operación de la pena exhibe una naturaleza inequívocamente violenta, esa violencia ha de ser no sólo congruente con los fines que justifican la institución y que se encarnan (inmanentizan) en la realidad instituida, sino incluso entenderse como su expresión, como una instanciación particular que mediatiza su tránsito hacia la práctica sobre cuya ordenación fáctica la institución pretende incidir.

En suma, la función del castigo ha de buscarse a partir de la institución que instrumentalmente lo articula, es decir, de acuerdo a la función del derecho penal en que se inscribe; y ésta, por su parte, concebirse como extensión de la función social del derecho en general.¹⁵

¹⁴ En el sentido de las “reglas constitutivas” de Searle (SEARLE, J. 1969., *op. cit.*, pp. 42-51) o las “reglas que definen una práctica” de Rawls (RAWLS, J. 1955., *op. cit.*). Lo que también puede entenderse como la adscripción de un *nombre* en el sentido de los “actos de nominación simbólica” de Bourdieu (BOURDIEU, P. 1981., *op. cit.*; BOURDIEU, P. 1986., *op. cit.*, p. 203).

¹⁵ En esta línea, por ejemplo, Baumann: “*La misión del derecho penal es la de todo derecho* (porque el derecho penal sólo es un sector del derecho en sus totalidad), a saber, la regulación de la convivencia humana.” (BAUMANN, J. 1972. Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Buenos Aires. Depalma (1973). p. 7 [Destacado original]).

1.1.1. El derecho a la violencia

Puede iniciarse nuestro argumento a partir de una expresión antes empleada: “forma de violencia”. Al contrario de lo postulado por la visión tradicional, a nuestro juicio el derecho no puede definirse por su función de negación de la violencia en la medida en que constituye precisamente una *forma* de violencia. Lo que lo caracteriza, por tanto, no es que la excluya de sí, sino que ejerce una violencia dotada de una específica *forma*, una violencia formalizada por el propio derecho. Luego, aquello a lo que el derecho se opone no es a la violencia como tal sino a la violencia no recogida en su aparato de categorización formal, a la violencia carente de forma, la violencia *informe*.

Cuando Weber define al Estado como “aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio [...] reclama para sí (con éxito) el *monopolio de la coacción física legítima*”¹⁶, reconoce adecuadamente esta dimensión cuya relevancia será minimizada u omitida por las explicaciones tradicionales de la función del derecho, y apunta a elementos claves que, a medida que avance el texto, serán aclarados. Lo importante en este punto es advertir que, si el Estado monopoliza en forma de derecho esa violencia, no se debe a que se trate de una violencia legítima. El proceso es más bien el inverso: esa violencia se torna legítima y, por tanto, constitutiva de derecho, en la medida en que es *de facto* monopolizada por el Estado. El factor determinante no es el estatus normativo de esa violencia –estatus que por lo demás, como veremos, no puede encontrarse nunca en la violencia como tal, es decir, en su facticidad– sino el hecho de que se encuentre (o no) englobada por las definiciones del derecho que, formalizándola, la legitima; y la legitima en tanto esa formalización equivale a la transferencia del derecho a

¹⁶ WEBER, M. 1956., *op. cit.*, p. 1056 [Destacado agregado].

ejergerla a la misma autoridad que ostenta monolíticamente la potestad de producir el derecho que la formaliza: el Estado¹⁷. Como asevera Weber:

...lo específico de la actualidad es que a las demás asociaciones o personas individuales sólo se les concede el derecho de la coacción física en la medida en que el Estado lo permite. Éste se considera, pues, como fuente única del ‘derecho’ de coacción.”¹⁸

No es la violencia como tal sino la violencia en tanto carente de forma, la fuerza informe, lo que amenaza al derecho. Lo que proscribire en su genérica declaración de rechazo a la violencia y en el correlativo –y violento– castigo a los particulares que la emplean, es el desafío a su pretensión de que *todo* ejercicio de la violencia se encuentra condicionado en su licitud a su previa aprobación-apropiación formal. El uso de una prerrogativa que se postula exclusiva del Estado, supone impugnar el fundamento de su poder; la pretensión, *de facto* fundada en el monopolio de la coacción física, de que el privilegio de acapararla posee un respaldo normativo que lo legitima, respaldo en virtud del cual el propio derecho lo hace –y se hace– acreedor de un “derecho a la violencia”.¹⁹

De esta suerte, dos acciones externamente indiferenciables adquirirán un significado totalmente distinto según se subsuman en categorías formales del derecho y se conciben como medios para fines legítimos en tanto legales; o resulten extrañas a sus categorías y, sirviendo a fines puramente fácticos o naturales, resulten ilegítimas por el sólo hecho de carecer de una forma jurídicamente consagrada en que insertarse, es decir, por el sólo hecho de servirse de un medio (la violencia) ajeno a los jurídicamente reconoci-

¹⁷ Desde este punto de vista el *principio de legalidad* como consagración del monopolio estatal de la potestad de criminalizar revela la concentración de esa violencia que sólo es legítima en tanto legal y sólo legal en tanto el derecho que la legaliza es un producto estatal.

¹⁸ *Ibid.*, p. 1056.

¹⁹ En palabras de Benjamin: “sería preciso considerar la sorprendente posibilidad de que el derecho se interese en monopolizar la violencia ante el individuo, no tanto por la intención de proteger los fines del derecho, sino más bien por aquella de *proteger el derecho mismo*. Al no estar en manos de aquel derecho, *la violencia pone en peligro a éste no por los fines que ella puede lograr, sino por su mera existencia fuera del derecho.*” (BENJAMIN, W. 1921. Para una crítica de la violencia. *En*: BENJAMIN, W. 2009. *Estética y política*. Buenos Aires. Los Cuarenta. p. 38 [Destacado agregado])

dos, con independencia del específico contenido de que en el caso concreto se trate²⁰. Se sigue que, incluso en el supuesto en que el fin natural coincida *de facto* con el fin jurídico, resultará, por la usurpación de un medio exclusivo del derecho, *de iure* anti-jurídico²¹.

²⁰ Así Squella puede concluir que un “acto de fuerza autorizado es el acto coactivo que debe seguir al comportamiento o hecho que el ordenamiento jurídico describe como su condición o antecedente”. Luego, sin mayor problema, ofrece una definición puramente negativa de los que constituye una “acto de fuerza prohibido”, a saber: “aquel que, descrito como tal por el ordenamiento jurídico, no tiene lugar a través de un órgano coactivo autorizado, pero que, a la vez, da lugar a un acto coactivo autorizado que se aplica por el órgano correspondiente”. (SQUELLA, A., *op. cit.*, p. 533). Salta a la vista que el contenido substantivo del acto en cuestión resulta irrelevante. El rechazo o admisión de la violencia viene determinado solamente por la posición que ocupa el hecho en el enunciado de las normas jurídicas: es *legítima* en tanto se categorice como consecuencia normativa en forma de sanción a ejecutarse por el Estado; es *ilegítima* en tanta aparezca como el supuesto de hecho que condiciona la operación/aplicación de la primera violencia descrita en la norma como sanción.

²¹ “Dado que el reconocimiento de la violencia del derecho [*Rechtsgewalt*] se expresa concretamente en la sumisión sin resistencia a los fines, la existencia o carencia de un reconocimiento histórico general de ellos sirve de fundamento para la clasificación de las violencias. Los fines que carecen de este reconocimiento podrían ser llamados *fines naturales* [*Naturzwecke*], en tanto los otros serían *fines de derecho* [*Rechtzwecke*].” Así, en los sistemas jurídicos contemporáneos –continúa Benjamin– existe la tendencia a “no admitir los fines naturales de los individuos en todos los casos en que esos fines puedan ser alcanzados satisfactoriamente por medio de la violencia. Es decir, este ordenamiento insiste en establecer, allí donde los fines de los individuos puedan alcanzarse satisfactoriamente mediante la violencia, fines de derecho que sólo la violencia de derecho como tal puede realizar.” (BENJAMIN, W. 1921., *op. cit.*, pp. 37; 38).

1.1.2. La violencia del derecho

*Los pactos que no descansan en la espada
no son más que palabras, sin fuerza para proteger
al hombre en modo alguno.*

T. Hobbes (1651)

Como lúcidamente advierte Novoa Monreal, la llamada “fuerza pública”²² de que se sirve la autoridad para hacer respetar la legislación positiva vigente

*...no difiere de la violencia, en sentido en que ella podría ser utilizada en actividades insurreccionales, desde el punto de vista de la forma como es aplicada, aun cuando sean diferentes según su *origen* y según *las cubra o no la legalidad vigente*.*²³

No existe oposición del derecho hacia la violencia como tal sino exclusivamente hacia la violencia que no reconoce. Esta peculiar selectividad se prueba por el hecho de que él mismo ejerce actos inequívocamente violentos como es, paradigmáticamente, el castigo penal. Al momento de centrar nuestro análisis sobre la pena, veremos cómo al interior de un aparato institucional como el derecho la ejecución de un acto externamen-

²² La “gente armada encargada de imponerse con fuerza física a los que intentan eludir o violar sus reglas” (NOVOA MONREAL, E. 1968. Derecho, justicia y violencia. En: NOVOA MONREAL, E. 2006. Nacionalización, derecho y propiedad (Textos escogidos). Santiago. Arcis. p. 102). Sobre el ambiguo estatus de la violencia policial, véase: BENJAMIN, W. 1921., *op. cit.*, pp. 45-6.

²³ NOVOA MONREAL, E., *op. cit.*, pp. 102-3 [Destacado agregado]. En la misma línea Squella: “el recurso de que se vale el derecho para evitar el uso de la fuerza por parte de los individuos y grupos es de la misma índole que lo que se quiere evitar, salvo, claro está, que la fuerza que el derecho autoriza no es cualquier fuerza, sino la fuerza socialmente organizada, esto es, la fuerza que ha sido organizada por el propio derecho.” (SQUELLA, A., *op. cit.*, p. 534). Es tan sólo el dato extrínseco a la violencia –ajeno a su posible (in)corrección inmanente– de que se encuentre o no socialmente organizada por el derecho lo que determina su (i)legitimidad. Cfr. DURKHEIM, É. 1906., *op. cit.*, p. 150.

te marcado por la violencia puede revestirse simbólicamente de un sentido –adscrito desde el derecho– radicalmente distinto en virtud del cual deja de ser socialmente aprehendido como un hecho *prima facie* condenable –connotación normativa históricamente asociada a la violencia– para, invirtiendo su significado, pasar a concebirse como un evento merecedor inclusive de aprobación ética, esto es, como un acto de justicia²⁴. Lo que aquí interesa mostrar es que esa condición violenta no es un patrimonio exclusivo del castigo penal que lo constituiría así en una anomalía dentro de una institución por regla general inconciliable con acciones de esa naturaleza. Sostendremos, en cambio, que la violencia constituye un elemento estructural al derecho, es decir, un aspecto que en su normal y natural desenvolvimiento se encuentra siempre presente; y esto, insistimos, no de cara al derecho penal, sino al derecho en general.

Que la pena supone un instrumento peculiar en el marco del conjunto de herramientas de que dispone el derecho para desempeñar sus funciones es algo evidente. Pero es evidente solamente porque la violencia con que opera es en sí misma evidente. Empero, puede afirmarse que la misma dinámica violenta –en su caso patente – permea íntegramente la totalidad del edificio jurídico y lo hace de modo necesario: resultado ineluctable estructuralmente determinado por su condición de realidad institucional. Este ambiguo mas irreductible ligamen entre derecho y violencia es identificado por Novoa Monreal:

²⁴ Se trata a fin de cuentas de dar una respuesta a la pregunta por la *justificación moral del castigo*: “¿Por qué un acto que parece ser el mismo que otro acto –digamos, propinar a alguien una paliza– puede y debe merecer en un caso reprobación moral y en otro caso –en tanto describimos dicho acto como un castigo– puede merecer quizá asentimiento y aprobación o, al menos, abstención de juicio moral?”. Si –continúa Rabossi– “B ha llevado a cabo una ofensa –es decir, si ha hecho algo malo– y si castigar a B implica infligirle un ‘mal’, parece irrazonable provocar un mal simplemente porque otro mal ha tenido efecto [...] ¿por qué es moralmente preferible un mundo en el que se dé el complejo *ofensa-castigo* a un mundo en el que sólo se dé la ofensa? Intuitivamente nos inclinamos a preferir el primer tipo de mundo, pero ¿por qué?” (RABOSSO, E. A., *op. cit.*, pp. 6; 7 [Destacado original]). Sobre esto volveremos al momento de analizar la pena en particular y observar cómo respecto a la violencia que fenoménicamente exhibe opera un mecanismo de transmutación a través de la función social que institucionalmente se le adscribe que permite su conversión simbólica en castigo (no-violencia).

El sentido del Derecho es ser un imperativo necesario para la vida social y él tiene como característica propia la de que puede ser cumplido bajo apercibimiento de coacción, vale decir, de empleo de la fuerza en contra de quien resiste o se oponga a sus mandatos. Por ello, *el Derecho lleva anexa la coactividad*, pues es posible hacerlo cumplir, en caso de inobservancia, mediante la fuerza. [...] No es necesario que cada regla sea impuesta por la fuerza (muchas de ellas son cumplidas espontáneamente), pero *el sistema legal íntegro está asentado en la posibilidad real de aplicar la fuerza física para obtener su cumplimiento*, aun cuando esa aplicación de fuerza no necesite traducirse en hechos concretos y permanezca muchas veces como una potencialidad virtual o latente.²⁵

Lo que diferencia la violencia de la pena de la violencia de los demás instrumentos jurídicos; lo que la distingue, por ejemplo y paradigmáticamente, del *contrato* como arquetipo históricamente consagrado de conciliación pacífica y mutuamente beneficiosa de intereses inicialmente divergentes, es únicamente la explicitud con que en el primero la violencia aparece. En la pena la violencia del derecho se hace *presente*, mientras que en el contrato se mantiene latente, *re-presentada* en el hecho de que el reconocimiento de su validez jurídica por parte de la autoridad que concentra el poder coactivo equivale al respaldo de su amenaza de ejercerlo mediante la violenta imposición de las obligaciones incumplidas. De ahí la famosa declaración de Hobbes: “Los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre en modo alguno”²⁶. Se sigue que, desde el momento en que se dota de una forma jurídica a la solución privada de un conflicto intersubjetivo, necesariamente se introduce en el estatuto del acuerdo cierta “ambigüedad moral”:

En última instancia, siempre deriva en una violencia posible, más allá de que las partes hayan contraído este acuerdo pacíficamente. Pues el acuerdo concede a cada una de ellas el derecho a utilizar la violencia contra la otra parte, en caso de que se rompa el acuerdo. Es más, no sólo el resultado del acuerdo, sino también su origen, remiten a la violencia. No ne-

²⁵ NOVOA MONREAL, E., *op. cit.*, pp. 101-2 [Destacado agregado].

²⁶ HOBBS, T., *op. cit.*, p. [§ XVII] 137.

cesita, por eso, estar presente en el acuerdo de forma directa como violencia fundadora, pero sí estar representada por él, siempre que el poder que garantiza el acuerdo de derecho tenga un origen violento, aun cuando no fuese instituido legalmente por medio de la violencia.²⁷

No hay derecho sin fuerza. Como recuerda Derrida –y como vimos señalaba No-voa Monreal– “no hay derecho que no implique *en él mismo, a priori, en la estructura analítica de su concepto*, la posibilidad de ser ‘enforced’, aplicado por la fuerza.”²⁸ Y esto incluye, claro está, al contrato: “todo contrato jurídico se funda en la violencia. No hay contrato que no tenga a la violencia a la vez como origen y como conclusión.”²⁹ En el pacto se diluye la consciencia de que la presencia de la violencia se encuentra tan sólo *diferida* y no *suprimida*; la remisión interna a la posibilidad de su ejecución violenta resulta opacada por la exterioridad de un acuerdo consensuado, libremente articulado:

Pero [la violencia], sin estar inmediatamente presente, se encuentra ahí reemplazada [...], representada por el suplemento de un sustituto. Y es [...] en el movimiento que reemplaza la presencia (la presencia inmediata de la violencia identificable como tal en sus rasgos y en su espíritu) [...] donde se produce el olvido de la violencia originaria. Esta pérdida de consciencia amnésica no se produce por accidente. Es el paso mismo de la presencia a la *representación*.³⁰

²⁷ BENJAMIN, W. 1921., *op. cit.*, pp. 46-7.

²⁸ DERRIDA, J. 1989., *op. cit.*, p.16 [Destacado original].

²⁹ DERRIDA, J. 1990. Nombre de pila de Benjamin. En: DERRIDA, J. 1994., *op. cit.*, p. 116.

³⁰ *Ibid.*, pp. 116-7 [Destacado agregado]. Para Benjamin: “Si disminuye la conciencia de que la violencia está latente en la institución del derecho, entonces este último se derrumba. Un ejemplo de esto lo dan los parlamentos en la actualidad. Ellos ofrecen un espectáculo penoso, porque no guardan en conciencia las fuerzas revolucionarias a las que deben su existencia. [...] Les falta el sentido de la violencia fundadora de derecho que está *representada* en ellos.” (BENJAMIN, W. 1921., *op. cit.*, pp. 46-7 [Destacado agregado]). De este modo, según Schmitt, en su declarada hostilidad hacia la violencia el liberalismo se caracteriza por neutralizar la dimensión de antagonismo consustancial a lo político: “el concepto político de *lucha* se convierte, en el pensamiento liberal, sobre el plano económico en competencia y sobre el ‘espiritual’ en *discusión*; en lugar de una distinción clara de las situaciones de ‘guerra’ y de ‘paz’ se instaura una dinámica de competencia eterna y de discusión eterna.” (SCHMITT, C. 1939. El concepto de lo político. En: ORESTES AGUILAR, H. (Ed.), *op. cit.*, p. 217 [Destacado original]). Esta pretensión de evitar el momento de *decisión* –eternamente aplazada por la discusión– es, como veremos, consustancial a la mecánica con que el derecho neutraliza la violencia que impregna tanto su origen como la dinámica de su conservación. En otro lugar Schmitt desarrolla la misma idea haciendo suya la definición de Donoso

Si la violencia del derecho es *normal*, nada de *anormal* tendrá la violencia “evidente” de la pena. Es precisamente en la calificación de (*a*)*normalidad* donde cabe encontrar una clave para diluir el estatus paradójico de la pena-violencia al interior de una institución-reductora-de-la-violencia³¹. Y es que, en sentido estricto, no hay nada *evidente* en la violencia de la pena³². Como señala Derrida, *no existe violencia natural*³³ o *física*: “el concepto de violencia pertenece al *orden simbólico* del derecho, de la políti-

Cortés de la burguesía como “clase discutidora”: “Su esencia radica en la negociación y la *indecisión* expectante, con la esperanza de que el enfrentamiento definitivo, la cruenta batalla decisiva, se transforme en un debate parlamentario y se suspenda para siempre mediante una discusión eterna.” (SCHMITT, C. 1934., *op. cit.*, p. 60 [Destacado agregado]).

³¹ Para Novoa Monreal “el empleo de la fuerza no es algo intrínsecamente reprochable, sino que tiene un carácter ambivalente” (NOVOA MONREAL, E., *op. cit.*, p. 103). En su caso esta ambivalencia se resuelve de acuerdo a la lógica que siguiendo a Benjamin más adelante atribuiremos a las corrientes iusnaturalistas, vale decir, aquellas que condicionan la validez de la violencia como medio a la legitimidad de los fines a los que se subordina.

³² Este fundamental aspecto será retomado más adelante al analizar la pena en particular y observar cómo a través de esta dimensión simbólica la violencia que *prima facie* la caracteriza en su facticidad termina disolviéndose en virtud del sentido normativo que institucionalmente se le adscribe. Así, tal como no existiría un “mal” (la violencia, el delito como acto de violencia) *natural*, tampoco sería lícito hablar de un “bien” (la justicia, el castigo como acto de justicia) *natural*. Como afirma Hobbes: “Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia. [...] Justicia e injusticia no son facultades ni del cuerpo ni del espíritu. Si lo fueran, podrían darse en un hombre que estuviera sólo en el mundo, lo mismo que se dan sus sensaciones y pasiones. Son, aquéllas, *cualidades que se refieren al hombre en sociedad*, no en estado solitario”; es decir, en nuestros términos: *cualidades institucionalmente adscritas*. (HOBBS, T., *op. cit.*, p. [§XXX] 104 [Destacado agregado]). El valor no es inherente al *ser* – “[I]os objetos no tienen valor por sí mismos”, señala Durkheim. (DURKHEIM, É. 1906., *op. cit.*, p. 175)–, sino una propiedad intersubjetivamente adscrita en atención a una norma, a un *deber ser*, construidos. No se castiga al sujeto por el daño real emanado de su actuar, sino por su hecho en tanto formalmente subsumible dentro una categoría institucionalmente definida como delito. La creación de un hecho institucional como el crimen (“violencia”) o la pena (“justicia”) presupone –como vimos, *lógicamente*– una regla constitutiva que adscriba a los específicos hechos brutos descritos en los supuestos que condicionan su aplicación determinados efectos normativos.

³³ Para Hegel la “voluntad natural” que se encarna en forma de “salvajismo o barbarie” sería “*en sí* una violencia contra la idea de la libertad existente en sí, que tiene que hacerse valer y ser protegida frente a aquella voluntad no cultivada”. Dicho de otro modo, la situación de salvajismo sería una situación *naturalmente violenta*. En cambio, la acción *prima facie* violenta ejercida en nombre de la idea de libertad, “funda un derecho de héroes” y es, por tanto, legítima. Como se advierte, también en Hegel la idea de una violencia natural sólo adquiere sentido en contraposición simbólica con el orden normativo condensado en “la idea de libertad existente en sí”. Merced al recurso a dicha idea, la violencia del derecho se torna justicia (no-violencia) y puede operar precisamente del modo que hemos señalado, a saber, como *violencia fundadora de derecho* o, en los términos de Hegel, como “derecho de héroes”. (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, pp. [§93] 180-1 [Destacado original]).

ca, de la moral”³⁴. Esto es particularmente claro respecto a la contracara de la pena: el crimen. La norma opera como mediación simbólica que adscribe sentido deóntico a las dos esferas de realidad a las que remite: el acto definido por su exterioridad al derecho (hecho antijurídico, ilegal, informe, es decir, ilegítimo) como supuesto de hecho que condiciona la operación de la regla, adquiere el estatus normativo de violencia, crimen; el acto definido internamente como consecuencia jurídica del primero, adquiere el estatus no-violento de pena (hecho jurídico, legal, formal, es decir, legítimo)³⁵. Aspecto que, desde su particular posición ilustrada, ya entrevía Beccaria: las penas, nos señala, son “vengadoras de los pactos, no de la malicia intrínseca de las acciones”³⁶. El *status* de violencia de un hecho –tanto del “crimen” como de la “pena”– no es algo que detente por sí mismo en su facticidad (“malicia intrínseca”), sino un atributo subjetivamente adscrito (a través de los “pactos”); una categorización marcada por una pretensión performativa o realizativa de constituir al hecho denotado por el enunciado normativo en una acción merecedora de reproche moral en tanto incorrecta³⁷.

La violencia de la pena no puede concebirse como un evento anormal en el marco del derecho. Y esto en dos sentidos del término “(a)normalidad”. (a) Primero, desde

³⁴ DERRIDA, J. 1990., *op. cit.*, p. 47 [Destacado agregado]. En palabras de Benjamin: “respecto a la violencia en su sentido más preciso, sólo se llega a una causa eficiente cuando se la concibe en un *contexto ético*. La esfera de este contexto está determinada por los conceptos de derecho y justicia.” (BENJAMIN, W. 1921., *op. cit.*, p. 34 [Destacado agregado]).

³⁵ Como afirma Durkheim: “no es la naturaleza intrínseca de mi acto la que tiene por consecuencia la sanción, sino que ésta proviene de que el acto de que se trata no está de acuerdo con la norma que lo prescribe. [...] En efecto, un mismo acto, constituido por los mismos movimientos, alcanzando los mismos resultados materiales, se hará pasible o no de condena según exista o no una norma que lo prohíba. Es por lo tanto la existencia de esta norma y la relación que con ella tiene el acto lo que determina la sanción.” (DURKHEIM, É. 1906., *op. cit.*, p. 150). Una consecuencia en el plano específicamente jurídico-penal es que, desde este punto de vista, “para la punición de una lesión de bien jurídico es precisa, *lógicamente*, la existencia previa de una *norma* que prohíba dicha lesión”. (MIR PUIG, S. 2003. Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método. 2ª ed. Montevideo/Buenos Aires. B de F. p. 24 [Destacado original] [Aludiendo a la posición de Maurach]).

³⁶ BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 286.

³⁷ Aludimos a lo que Bourdieu llama “actos de nominación simbólica” y a su poder de “actuar sobre lo real actuando sobre la representación de lo real”; es decir, al “acto de institución como acto solemne de categorización que tiende a producir lo que designa”. (BOURDIEU, P. 1981., *op. cit.*, pp. 115; 117).

un punto de vista externo, fáctico o cuantitativo; no cabe predicar anormalidad o excepcionalidad respecto a la violencia de la pena en circunstancias en que una misma dinámica violenta –quizá implícita o latente– permea la totalidad del aparato jurídico y, de modo más o menos evidente, se manifiesta en un sinnúmero de aspectos de su cotidiano operar: “[c]omo el Derecho es esencial a toda sociedad políticamente organizada, lo anterior significa que *la vida social conlleva una utilización de la fuerza dentro de su vida normal y ordinaria*”³⁸. (b) Pero segundo –y más importante para nuestros propósitos– desde un punto de vista interno, normativo o cualitativo; del hecho de que el recurso a la violencia por parte del derecho se revele como un dato normal –resultando congruente con la pena que, de esta suerte, se inscribe homogéneamente en un escenario en que dicho recurso ostenta objetiva generalidad– se sigue que, en sentido estricto, no cabría hablar de violencia. Si la violencia no es un *factum* susceptible de aprehenderse objetivamente mediante una imparcial aproximación a la realidad sino que existe únicamente en tanto juicio subjetivo de calificación *deóntica* de cierto segmento de facticidad –que, sólo entonces, adquiere un (nuevo) estatus de “violencia”–, del hecho de que al interior de una institución como el derecho se le adscriba a sus instrumentos –tales como la pena– modos de operar externamente aprehensibles como violentos, se sigue que su ejercicio no sólo es normal en el sentido estadístico de no-excepcional, sino también en el sentido normativo de una acción acorde al contenido substantivo de las normas que validan su operar.

De ahí que Beccaria pueda sostener que “la palabra *derecho* no es contradictoria de la palabra *fuerza*, antes bien, aquélla es un modificación de ésta, cuya regla es la utilidad del mayor número”³⁹. No interesa aquí evaluar el contingente contenido de la regla

³⁸ NOVOA MONREAL, E., *op. cit.*, p. 102 [Destacado agregado]. Así también lo advierte Muñoz Conde: “El mundo está preñado de violencia y no es, por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de *todas las instituciones* que rigen este mundo. También del Derecho penal.” (MUÑOZ CONDE, F. 1985. Derecho penal y control social. Jerez. Fundación Universitaria de Jerez. p. 16 [Destacado agregado]).

³⁹ BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 218 [Destacado original].

–justicia deontológica, utilidad teleológica, etc.– en virtud del cual el sentido de la fuerza o violencia sufre la metamorfosis que la recalifica sustrayéndola de esa significación original, sino detenernos a observar la estructura invariable del mecanismo mediante el cual dicho desplazamiento simbólico tiene lugar⁴⁰. Es necesario comprender este mecanismo –en cierto sentido mágico⁴¹– para entender cómo el hecho de utilizar la fuerza conforme a la ley cambia la calidad de la fuerza en sí misma, es decir, cómo “la fuerza, por el simple hecho de ser calificada, deja de ser fuerza.”⁴².

Nos interesa, en suma, disolver la contraposición maniquea entre violencia y derecho evidenciando el modo en que la primera se halla estructuralmente inscrita en el origen (instituyente) y funcionamiento (instituido) de este último. Y en este tránsito entre violencia y derecho, la noción de *forma*, de medida, de una calificación que, artificialmente adscrita o impuesta –institucionalmente, diríamos nosotros– a la primera modifica su naturaleza, es, como advertía Ihering, crucial:

el Derecho no es otra cosa que la violencia que toma conciencia de su propia ventaja y con ello de la necesidad de la medida; o sea, *no es por esencia cosa distinta de aquélla, sino sólo una de sus formas de aparecer: se trata de la recta, de la justa violencia, porque se vincula a reglas; es, pues, violencia disciplinada, en contraposición a la salvaje, cruda, violencia no regulada, que se determina sólo por la ventaja momentánea.*⁴³

⁴⁰ Así también –siguiendo a Ihering– Liszt: “bajo el dominio del pensamiento finalista la violencia punitiva se convierte en Derecho penal.” (LISZT, F. v. 1882. La idea de fin en el derecho penal. México D. F.. UNAM (1994). pp. 63-4). Esta misma operación puede advertirse, por ejemplo, en Mill, para quien el “sentimiento de justicia” del que emana el “deseo de castigar” no es más que “el sentimiento natural de resarcimiento o venganza”. Este sentimiento –continúa– “en sí mismo, no tiene nada de moral en él; lo que es moral es su exclusiva subordinación a las simpatías sociales, de modo que les sirva y esté a su disposición. [...] [C]uando este sentimiento se moraliza mediante la incorporación de un sentimiento social, sólo actúa en el sentido que viene determinado por el bien general...”. (MILL, J. S. 1863., *op. cit.*, pp. 119; 120).

⁴¹ En el sentido que, según hemos visto, Bourdieu habla de “magia social” para referirse a la eficacia simbólica de los ritos de institución; perspectiva desde la cual “un título pertenece a la magia tanto como los amuletos”. (BOURDIEU, P. 1981., *op. cit.*, p. 115).

⁴² D’ENTRÈVES. 1962. pp. 64; 70, citado en: ARENDT, H. 1970. Sobre la violencia. Madrid. Alianza (2010). p. 51.

⁴³ IHERING. 1877. p. 251, citado en: LISZT, F. v., *op. cit.*, pp. 90-1 [Destacado agregado].

Desde el momento en que su operación fáctica es calificada como normal en tanto dotada de validez normativa –“violencia regulada”– el nuevo estatus provisto por esta caracterización se opone y superpone a la calificación alternativa formulada desde los criterios axiológicos de una posición externa donde la misma acción era denominada violencia –“salvaje, cruda, violencia no regulada”–⁴⁴. La violencia de la pena goza de una evidencia incontestable, mas quien propone esa calificación necesariamente ha de situarse en el momento en que la enuncia en un punto de vista exterior a la institución en cuyo interior la pena existe en un sentido por definición⁴⁵ incongruente con ese adjetivo. Por lo tanto, en la medida en que articule mecanismos de legitimación discursiva que recalifiquen deónticamente tanto la facticidad explícitamente violenta del castigo, como la *prima facie* no-violenta de los demás mecanismos de que dispone en su operar, la violencia genérica del derecho no sólo relativiza el estatus violento de la pena, sino que detenta la virtualidad de relativizar la propia.

* * *

En lo que sigue se desarrollará un modelo de comprensión de la función del derecho sobre la base de la aprehensión de la relación dialéctica entre la violencia que lo caracteriza y los mecanismos discursivos de que se sirve para desarticularla desautorizando la plataforma normativa desde la cual dicho juicio deóntico podría emitirse (el exterior no-institucional: lo informe), para sustituirla por una plataforma propia (el interior institucional: la forma) que recalifica esa facticidad inscribiéndola en sus categorías formales, normalizándola y, por consiguientes, normativizándola; disolviendo simbóli-

⁴⁴ Para, acto seguido, sostener el juicio que hemos rechazado según el cual la pena aparece como evento excepcional en el marco de una institución no-violenta como el derecho.

⁴⁵ Es decir, de acuerdo a la definición provista por las reglas constitutivas en virtud de las cuales la entidad adquiere existencia institucional.

camente su estatus de “violencia” para auto-adscribirse el estatus alternativo que la constituye en derecho.

Desde la perspectiva más amplia de los fenómenos sociales entre los que el derecho no es sino un caso particular, enfatizar la dimensión de violencia que le resulta intrínseca en ningún caso supone predicar a su respecto aquella condición de anormalidad –fáctica y/o normativa– que le negamos a la pena y al derecho penal. Como salta a la vista, esta caracterización no es más que la simple extensión al análisis del derecho de las categorías teóricas revisadas a propósito de la realidad institucional en general y del concepto de función que en consonancia puede formularse⁴⁶. Esta dimensión de violencia del derecho no alude más que a la dimensión de objetividad que paradigmáticamente en Durkheim exhibían las estructuras sociales institucionalizadas como facticidad externa y coercitiva que se oponían e imponían a los sujetos, y que existían y operaban con independencia de su voluntad⁴⁷. Ahora, descartada en la sección precedente la aproximación estructural-funcionalista, nuestra comprensión de la función del derecho debe buscar otros caminos para hacerse cargo de la violencia que indiscutiblemente presenta.

Esto, como señalamos, puede lograrse captando la dinámica en que la violencia se ejerce al tiempo que se re-significa como no-violencia, y comprendiendo luego la función que esa mecánica desempeña en el contexto de la sociedad en que el derecho emerge como realidad institucional. Esta violencia es, por ende, indisociable del derecho, pero lo es no en tanto atípica peculiaridad, sino al contrario: en tanto ejemplar típico –y en este y muchos aspectos, paradigmático– de realidad institucional. No hay necesariamente en el señalamiento de esa violencia un juicio ético de condena al derecho en

⁴⁶ Por cierto, como ya se advierte, este apartado se distingue parcialmente del anterior por la incorporación a la plataforma teórica antes centrada en la sociología y antropología clásica (a través de autores como Durkheim, Malinowski, Radcliffe-Brown, Gehlen, etc.) de nociones muy próximas en su contenido nuclear pero disciplinariamente asociadas, por lo general, a la filosofía política (en autores como Benjamin, Derrida, Schmitt, Castoriadis, etc.).

⁴⁷ Véase *supra*. §I.1.4.1.

particular⁴⁸, sino tan sólo la aprehensión –planteada aquí desde una pretensión de imparcialidad– de un aspecto de la realidad institucional que, en cuanto tal, ha de estar presente y ser determinante en la función del derecho, del derecho penal y de la pena.

Admitir su omnipresencia a lo largo de todo el espectro de la realidad institucional tiende naturalmente a descartar el sentido o plausibilidad de un rechazo absoluto y en cierto modo visceral hacia la violencia como tal⁴⁹. En cambio, nos invita a suspender la connotación negativa –de seguro históricamente justificada mas no por ello menos emotivamente condicionada– que *a priori* se le asocia concebida en términos de pura negación destructiva. La hipótesis de que la violencia goza de ubicuidad en el mundo institucional, sugiere posar la vista sobre su reverso como operación potencialmente afirmativa, constructiva. En otros términos, enfatizar esa violencia permite captar el reverso de instituciones como el derecho que tienden a negarla para afirmar unilateralmente su dimensión constructiva. Pero apuntar su naturaleza violenta y ver en su tendencia a negarla una operación intrínseca a su dinámica institucional, no exige evadir el anverso sobre el que –como vimos al inicio– enfatiza la aproximación estándar a la función social del derecho, es decir, no nos obliga a descartar sin más su operatividad como mecanismo de reducción de la violencia. Articular una explicación de la función socio-política del derecho desde su conceptualización como realidad institucional permite aprehender el anverso sin negar el reverso.

⁴⁸ Juicio que no se descarta, simplemente no se aborda.

⁴⁹ En este sentido compartimos el juicio de Novoa Monreal cuando advierte que “todo juicio peyorativo por la aplicación de la fuerza, o lo que es lo mismo, de violencia, peca de olvido y de precipitación. De olvido, porque el ‘orden establecido’ se apoya también en la fuerza (a tal punto que cuenta para sus sostenimientos con ‘fuerzas armadas’), De precipitación, porque no cabe censurar la violencia o la fuerza mientras no se dilucide la finalidad con que se aplican.” (NOVOA MONREAL, E., *op. cit.*, p. 103).

Como anunciamos, esto puede hacerse a partir de la distinción entre dos fases u operaciones susceptibles de extraerse analíticamente de la teoría de la realidad institucional⁵⁰:

(a) Primero una operación que puede asociarse a *violencia fundadora del derecho*; fase en que cumple un rol instituyente en virtud del cual acapara determinadas esferas de violencia formalizándolas, normalizándolas y legitimándose como derecho mediante la auto-adscripción de un derecho a la violencia.

(b) Luego trataremos la función de la *violencia conservadora del derecho*, en que luego de la fundación, la violencia se mantiene protagonizando ahora una dinámica de re-afirmación conservadora del orden creado mediante la imposición coactivo-normalizadora de los patrones de conducta institucionalizados y el rechazo de las conductas desviadas que amenazan con una (re)apropiación privada de la violencia reservada al derecho merced al acto de fundación que la institucionalizó.

⁵⁰ Distinción que se corresponde con la efectuada en la sección anterior entre dos sentidos de “institución”: (a) institución en sentido objetivo, pasivo o estático, como realidad dada, en consonancia con la aproximación estructural-funcionalista que enfatiza la objetividad de la estructura social de la que una institución es transparente consagración [*supra*. §I.1.4.1.]; y (b) institución en sentido subjetivo, activo o dinámico, como realidad construida, en consonancia con la aproximación que la concibe como realidad estructurada a partir de un proceso de externalización de la subjetividad colectiva [*supra*. §I.1.4.2.]. En la sección anterior se observó ese orden debido a que se articuló en contraposición a la aproximación estructural-objetivista que, en consecuencia, debía exponerse en primer lugar. Ahora podemos invertirlo y observar el que intuitivamente parece más lógico.

1.2. Función instituyente del derecho: violencia fundadora del orden social

De acuerdo a Benjamin el problema de la violencia sólo resulta inteligible en un contexto ético en relación con los conceptos de derecho y justicia. En este marco la violencia se inscribe en un esquema medio/fin⁵¹. Para la doctrina del derecho natural la condición violenta de los medios no se plantea como problema ya que se conciben como elementos plenamente subordinados a los fines: un fin justo avala el empleo de la violencia como medio para su materialización. De acuerdo a la tesis iusnaturalista la violencia constituye un hecho natural, en tanto medio, en sí mismo irrelevante: “es un producto natural al igual que una materia prima, cuyo uso no genera ningún problema, a menos que se abuse de esa violencia para obtener fines injustos”⁵². El asunto se reduce a determinar la (in)justicia de los fines a los que el medio sirve. El único “abuso” que puede predicarse respecto a la violencia *qua* medio es el que deriva de su desviación respec-

⁵¹ BENJAMIN, W. 1921., *op. cit.*, pp. 33-4.

⁵² *Ibid.*, p. 34. De esta perspectiva “Si las personas, según la teoría del Estado iusnaturalista, ponen a disposición del Estado toda su violencia, esto ocurre bajo la suposición de que (como expresó Spinoza en su *Tractatus theologico-politicus*) el individuo en sí, antes de cerrar un trato racionalmente, ejerce también *de iure* aquella violencia que ya posee *de facto*.” (*Ibid.*, p. 34). En el mismo sentido para Hobbes el derecho de naturaleza consiste en la libertad –esto es, la “ausencia de impedimentos externos”– “que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los *medios* más aptos para lograr ese *fin*.” Lo que luego condensa en el siguiente mandato: “defendernos a nosotros mismos, por todos los medios posibles”. (HOBBS, T., *op. cit.*, pp. 106; 107 [§ XIV] [Destacado agregado]). Así también Carrara ve el derecho a castigar como expresión del derecho intrínseco a la naturaleza humana de autodefenderse que sólo luego, y por motivos estratégico-racionales, se delega en la autoridad pública (CARRARA, F., *op. cit.*, pp. 48-52). Para esta concepción, el empleo de la violencia resulta absolutamente aporofóbico; la primacía absoluta de la finalidad natural de autoconservar la existencia excluye de suyo un cuestionamiento de los medios en sí mismos. Su (in)validez se encuentra del todo supeditada a su racionalidad instrumental de cara a la satisfacción del fin, es decir, a sujeta a una evaluación estrictamente funcional. Para nuestros propósitos, el problema de esta aproximación es que el estatus natural del fin, su intangible validez como manifestación del atemporal orden natural, bloquea todo posible análisis del medio en su especificidad, esto es, de la violencia que hemos caracterizado como rasgo indisociable del derecho.

to a los fines; su (i)legitimidad sólo puede emanar de la (i)legitimidad de estos. Por definición, el medio en sí mismo—en este caso: la violencia— escapa a la crítica. Lo que queda excluido, en suma, es la “la cuestión de si la violencia es moral como principio, como *medio para fines justos*”⁵³.

Para la tradición positivista, en cambio, la violencia no es un hecho natural sino un producto histórico que, en su calidad de medio, admite crítica y exige justificación: “si la justicia —señala Benjamin— es el criterio de los fines, la legalidad es el de los medios”⁵⁴. Si para el derecho natural la (i)legitimidad de los medios emana únicamente de la (i)legitimidad de los fines, resulta imposible establecer un criterio general para evaluar la validez de la violencia en tanto medio. Entonces, si deseamos comprender esta noción, el primer paso es adoptar una aproximación en que ésta pueda aparecer como problema; es decir, debe seguirse una dirección que en este aspecto se aproxime al positivismo. Desde el positivismo si puede articularse un criterio para juzgar el medio en sí, es decir, para evaluar la violencia con independencia de los fines en función de los cuales históricamente se ejerce. Este criterio remite la distinción entre la violencia sancionada, reconocida históricamente, y la no sancionada⁵⁵; esto es, la diferencia antes propuesta entre lo que llamamos violencia formal y violencia informe:

Dado que el reconocimiento de la violencia del derecho se expresa concretamente en la sumisión sin resistencia a los fines, la existencia o carencia de un reconocimiento histórico general de ellos sirve de fundamento para la clasificación de las violencias.⁵⁶

La “la sumisión sin resistencia a los fines” expresa el reconocimiento de la validez del orden institucional; reconocimiento intersubjetivo del que, según vimos, pende ontológicamente su existencia. En tanto la institución subsiste, opera merced a la categorización formalizadora del interactuar social; reconociendo ciertos fines (fines de dere-

⁵³ BENJAMIN, W. 1921. *op. cit.* p. 34 [Destacado agregado].

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 35-6.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 36.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 37.

cho) y desconociendo otros (fines naturales). Empero, como también señalamos, lo proscrito por el derecho no es sólo la persecución privada de fines ajenos a los jurídicamente reconocidos, sino también el hecho de perseguir fines (reconocidos o no) a través de determinados medios, a saber, a través de la violencia. La ilegitimidad de esa violencia no resulta del no-reconocimiento jurídico de los fines a los que sirve, sino del hecho de que –con independencia del contenido del fin– el empleo no autorizado de ese medio amenaza mediatamente la globalidad de los fines que fundamentan la institución que decide su reconocimiento. Es la violencia en sí misma la que es o no objeto de reconocimiento; reconocimiento en el cual, como a continuación veremos, opera el desplazamiento simbólico de su significado que *ex post*, mediante su asociación retroactiva con un fin legítimo, la legítima y, de este modo, la constituye en derecho.

En un primer momento, por tanto, la relación entre violencia y derecho se inscribe en lo que denominamos operación instituyente: se trata de una violencia fundadora de derecho. Característico de ella es que se presenta como violencia desnuda⁵⁷. Empero, esto parece contradecir lo señalado respecto a que no existiría algo así como una violencia natural: actos que en sí mismos, en su facticidad, puedan denominarse violentos; sino que la noción se hallaría inmersa en un esquema simbólico dentro del cual esa connotación normativa le es adscrita a cierto sustrato de realidad. Esto es correcto; por lo tanto, al hablar de violencia pura, bruta o desnuda, estamos implícitamente asumiendo la posición interna a un sistema normativo: sólo desde una plataforma de sentido subjetivamente articulado, un hecho puede mostrarse/reconocerse como violencia o incluso, como en este caso, llegar a designarse como tal en virtud de su facticidad pre-simbólica: violencia *objetiva* o desnuda.

⁵⁷ El prototipo de violencia fundadora de derecho es para Benjamin la violencia mítica: “mera manifestación de los dioses. No es medio de sus fines, es apenas una manifestación de su voluntad y, en primer lugar, manifestación de su existencia.” (*Ibid.*, p. 54) Se sigue que en este supuesto la violencia prescinde del recurso a fines como modo de autolegitimarse instrumental o funcionalmente en tanto medio.

Esto se explica recordando que la operación instituyente presupone un correlativo escenario fáctico: cierta concentración de fuerzas –una estructura social medianamente asentada o en vías de asentarse– que la institucionalización busca estabilizar⁵⁸. Por lo demás, la institucionalización tiene lugar en un espacio siempre ya institucionalizado⁵⁹; un espacio en que ya operan mecanismos dispuestos precisamente para evitar que actos que se pretendan instituyentes tengan lugar⁶⁰. Por lo tanto, la “violencia” de su ejercicio no es un dato natural pre-simbólico; antes bien, su específico sentido emana exclusivamente de su posición de desconocimiento, oposición y desafío al orden institucional pre-constituido que imperativamente demandaba encauzar su accionar en las formas definidas por sus categorías (normas). Es desde el punto de vista de este orden institucional respecto a cuyas categorías formales la acción se desmarca, que el juicio que le asigna al fenómeno el estatus de *violencia* se formula. Por lo tanto, cuando hablamos de violencia en realidad estamos realizando un juicio que, primero, se formula desde el interior del derecho y, segundo, un juicio cuyo contenido denota/denuncia la posición de exterioridad del hecho designado: señala su posición de oposición, desconocimiento o no-reconocimiento del orden institucional del que depende el estatus de (no-)violencia de una acción; remite, en suma, a su condición de violencia *informe*.

Luego, sobre esa violencia como estatus normativo institucionalmente impuesto, opera un mecanismo de recubrimiento ideológico o re-significación retroactiva –que más adelante revisaremos– capaz de suprimir simbólicamente el irreductible componen-

⁵⁸ “[E]l efecto propio, es decir, propiamente simbólico de representaciones engendradas según esquemas acordes con las estructuras del mundo del que son producto es *consagrar el orden establecido*.” (BOURDIEU, P. 1986., *op. cit.*, p. 203 [Destacado agregado]).

⁵⁹ Como sostiene Castoriadis: “La sociedad constituye cada vez su orden simbólico, en un sentido totalmente otro del que el individuo puede hacer. Pero esta constitución no es ‘libre’. Debe tomar su materia en ‘lo que ya se encuentra ahí’. Esto es ante todo la naturaleza [...] Pero esto es también la historia. *Todo simbolismo se edifica sobre las ruinas de los edificios simbólicos precedentes, y utiliza sus materiales...*” (CASTORIADIS, C., *op. cit.*, pp. 194-5 [Destacado agregado]).

⁶⁰ Esto nos alerta del peligro indicado en la sección anterior de que un rechazo –como el nuestro– al determinismo estructural-funcionalista termine derivando en su opuesto equivalentemente erróneo de un constructivismo nominalista radical. Véase *supra*. §1.1.4.2.

te de arbitrariedad inherente al proceso en que el acto de nominarlo como violencia lo constituye en violencia; para mostrarlo entonces como un rasgo desde siempre inherente al objeto, esto es, para predicar la *desnudez* de esa violencia –su condición de “hecho bruto”–⁶¹. La fuerza persuasiva-coactiva de la estructura institucionalizada desde la que el juicio se formula, radica en su capacidad de borrar las huellas del artificial y contingente proceso en virtud del cual el estatus es adscrito a la entidad o sujeto categorizados; en términos de Bourdieu, reposa en su capacidad de operar la transubstanciación de sus prescripciones desde el estado de *ortodoxia* al de *doxa*⁶².

La violencia inherente al acto fundacional del derecho radica entonces en el paradójal hecho de que sólo puede operar como tal –esto es, fundacionalmente– prescindiendo del derecho. En palabras de Derrida:

es, en el derecho, lo que suspende el derecho. Interrumpe el derecho establecido para fundar otro. Ese momento de suspenso, esta *epoché*, es momento fundador o revolucionario es, en el derecho, una instancia de no-derecho. Pero es también toda la historia del derecho. Ese momento tiene siempre lugar y no tiene jamás lugar en una presencia. Es el momento en que la fundación del derecho queda suspendida en el vacío o encima del abismo, suspendida en un acto realizativo puro que no tendría que dar cuenta a nadie ni ante nadie. El supuesto sujeto de este realizativo puro no estaría ya ante la ley, o más bien estaría ante una ley todavía por venir, todavía por delante y teniendo que venir.”⁶³

⁶¹ Como se advierte, opera aquí mismo fenómeno de *cosificación* antes revisado: el objeto deviene cosa cuando se experimenta sin considerar la humanidad que lo constituye merced al proceso de subjetiva objetivación. Cfr. PÉREZ SOTO, C. 2008., *op. cit.*, pp. 80-82; 76. Véase *supra*. §I.1.4.1.

⁶² “[E]l derecho, en tanto que discurso intrínsecamente poderoso y abastecido de medios físicos para hacerse respetar, está en condiciones de pasar, con el tiempo, del estado de ortodoxia, creencia recta explícitamente enunciada como deber-ser, al estado de doxa, adhesión inmediata a lo que cae por su propio peso, a lo normal, como cumplimiento de la norma que se suprime en cuanto tal en su propio cumplimiento.” (BOURDIEU, P. 1986., *op. cit.*, pp. 216-7 [Destacado original]).

⁶³ DERRIDA, J. 1990., *op. cit.*, pp. 92-3 [Destacado original suprimido]. Idea que exhibe un interesante paralelismo con la expuesta por Schmitt a propósito de la *dictadura soberana*: ésta “[n]o suspende una Constitución existente valiéndose de un derecho fundamentado en ella y, por tanto, constitucional, sino que aspira a crear una situación que haga posible una Constitución, a la que considera como la Constitución verdadera. En consecuencia, *no apela a una Constitución existente, sino a una Constitución que*

Este momento de fundación es violento en tanto se sustrae a la vinculatoriedad del orden instituido, suspende respecto a sí su fuerza coactiva. En esta *decisión* sobre la suspensión del derecho, sobre la *excepción*, Schmitt concentra el concepto de *soberrano*⁶⁴:

Éste decide si existe el caso de excepción extrema y también lo que ha de hacerse para remediarlo. *Se ubica fuera del orden jurídico normal y con toda forma parte de él*, porque la corresponde la decisión de si la constitución puede suspenderse *in toto*.⁶⁵

Ahora bien, en el instante de su ejercicio esa violencia no se muestra como tal sólo por su condición informe. Esto, según vimos, es sin duda necesario en tanto se presenta en oposición a las formas institucionales vigentes que podrían liberarla simbólicamente de ese estatus. La violencia fundacional se muestra como *mera* violencia también porque en sí misma no exhibe ningún indicio de que actúe para “algo más”, para un fin que la trascienda; en particular, de que se oriente a fundar algo⁶⁶, de que el juicio sobre la

va a implantar.” (SCHMITT, C. 1978. La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Madrid. Alianza (1985). pp. 182-3 [Destacado agregado]).

⁶⁴ “Es soberano quien decide el estado de excepción” (SCHMITT, C. 1934., *op. cit.*, p. 23). Soberanía en virtud de la cual es ejercido lo que al interior de la teoría del derecho se denomina *poder constituyente*, noción cuya proximidad estructural con la idea de operación instituyente aquí desarrollada resulta evidente. Véase al respecto: SCHMITT, C. 1928. Teoría de la Constitución. Madrid. Alianza (1992). pp. [§ 3] 45-57; [§8] 93-103 y SCHMITT, C. 1978., *op. cit.*, pp. [§ 4] 173-98.

⁶⁵ SCHMITT, C. 1934., *op. cit.*, p. 24 [Destacado agregado].

⁶⁶ Para Hegel: “Una voluntad que [...] sólo quiere lo universal abstracto, no quiere *nada* y no es por lo tanto una voluntad. Lo particular que quiere la voluntad es una limitación, pues, para ser tal, la voluntad debe en general limitarse. El hecho de que la voluntad quiera *algo*, constituye su límite, la negación. La particularización es, pues, lo que corrientemente se llama finitud.” (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§6,β] Agr.] 85 [Destacado original]). En el mismo sentido, a propósito del poder constituyente, Böckenförde sostiene que, si bien por definición éste se encuentra desligado de todo vínculo jurídico preexistente, no por ello se traduce en un ejercicio arbitrario, caprichoso o, como vimos, meramente destructivo; entre otras razones, porque se encuentra determinado por una *voluntad de constitución*: “Y ‘Constitución’ significa ordenación y organización jurídica del poder político del Estado. Significa también, con ello, su articulación y limitación, pues ambas son algo inmanente a toda organización jurídica, con independencia de la forma o el modo en que se configure esa ordenación. Un poder absoluto, y que quiera seguir siendo absoluto, no cabe en una Constitución. De esta forma en el concepto mismo del poder constituyente está ya incluida y presupuesta cierta medida de constitucionalidad, y esta representa una delimitación frente al ejercicio arbitrario del poder o frente al dominio puro y duro de la arbitrariedad.” (BÖCKENFÖRDE, E. W. 1986. El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del derecho consti-

anormalidad del escenario fáctico que justificaría la decisión excepcional sobre la suspensión del ordenamiento jurídico suponga, como propone Schmitt, la pretensión normalizadora que regulativamente dirige la acción soberana hacia el pronto (re)establecimiento de las condiciones materiales donde el derecho pueda nuevamente imperar⁶⁷. En cambio, la violencia aparece en su exterioridad como pura destrucción, negación, no muestra una aspiración constructiva, parece agotarse en el instante brutal de su ejercicio carente de sentido. La connotación meramente destructiva que usualmente se asocia a la violencia deriva de que su presencia de hecho carece de fundamento, es decir, no remite a un discurso pre-existente que la avale en calidad de acto de aplicación (medio instrumental-funcional) de un precepto o sustrato normativo –incluso inarticulado– juzgado válido en sí mismo; ni apela tampoco a un fundamento “por venir”⁶⁸ a cuya realización se dirija, justificándose, su intervención (fin). Disruptivamente aparece, en cambio, como violencia irracional, gratuita, arbitraria, contingente.

tucional. En: BÖCKENFÖRDE, E. W. 2000. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid. Trotta. p. 176).

⁶⁷ De acuerdo a Schmitt, “Toda norma general requiere una organización normal de las condiciones de vida a las que debe aplicarse de forma concreta y a las que somete a su reglamentación normativa. La norma necesita un medio homogéneo. Esta *normalidad fáctica* no es una simple ‘condición externa’ que el jurista pueda pasar por alto; antes bien, forma parte de su validez inmanente. *No existe una norma que pueda aplicarse al caos. Debe establecerse el orden para que el orden jurídico tenga sentido. Hay que crear una situación normal, y es soberano el que decide de manera definitiva si este estado normal realmente está dado.* Cualquier derecho es un ‘derecho de situación’. *El soberano crea y garantiza en su totalidad la situación en conjunto.* Ejerce el monopolio de esta decisión última. [...] El caso de excepción revela la esencia de la autoridad estatal de la manera más clara. En él, la decisión se separa de la norma jurídica y *la autoridad demuestra* (para formularlo en términos paradójicos) *que no necesita tener derecho para crear derecho.*” (SCHMITT, C. 1934., *op. cit.*, p. 28 [Destacado agregado]). Más explícito aún en este sentido es al momento de desarrollar el concepto de “dictadura soberana”: “La acción del dictador *debe crear una situación en la que pueda realizarse el derecho*, porque cada norma jurídica presupone, como medio homogéneo, una situación normal en la que tiene validez”. Esta finalidad normalizadora parece delimitar regulativamente el ejercicio de un poder en principio ilimitado como el constituyente: “para el concepto de dictadura hay que tener en cuenta la actualidad inmediata de una situación a eliminar y ello en el sentido de que dicha eliminación aparece como cometido jurídico, que fundamenta jurídicamente *un poder pleno, determinado únicamente por la situación de las cosas y por el fin de la eliminación.*” (SCHMITT, C. 1978., *op. cit.*, pp. 182; 180 [Destacado agregado]).

⁶⁸ En el sentido que según vimos apuntaba Derrida. Véase: DERRIDA, J. 1990., *op. cit.*, pp. 92 y ss.

Queda claro que, reducida a su condición de interrupción destructiva de las formas pre-existentes, la violencia carece de toda capacidad fundacional; esto es, se encuentra privada del poder de dotar de forma institucional a una facticidad pre-existente como correlación de fuerzas ya estabilizada –de modo más o menos precario– a nivel de estructura social o, más paradigmáticamente, de subvertir el orden estructurado para proceder a su (potencialmente radical) re-estructuración merced a la consagración de una nueva articulación de fuerzas sociales. En este último sentido, el fenómeno de violencia fundacional disruptiva por antonomasia es el englobado bajo el concepto de *revolución*. Quiebre en el continuum histórico⁶⁹, concentra en su máxima expresión la ambivalencia de una violencia cuya eficacia constructiva paradójicamente pende de su éxito destructivo. Cuestión que sintéticamente capta Radbruch:

La *revolución*, es decir, la alta traición, es un delito cuando no triunfa, pero si logra el triunfo, se convierte en base para un nuevo Derecho.⁷⁰

“La revolución, *es decir*, la alta traición”: se trata, supone Radbruch, de un mismo fenómeno que, desde la perspectiva del derecho pre-existente, es decir, desde el juicio normativo articulado sobre las reglas constitutivas del armazón simbólico que lo instituye, no representa sino un acto de violencia. Pero ya en la calificación de esa violencia como “delito”, y sobre todo en su tipificación como delito de “alta traición”, la institución implícitamente reconoce en esa violencia una pretensión de trascender la brutalidad que en su actuación presente exhibe; evidencia albergar la sospecha de que, tras la inmediata agresión des-estructurante, se esconde una aspiración estructurante⁷¹. De ahí la vehemente proscripción correlativa a su tipificación como el crimen de máxima

⁶⁹ Cfr. BENJAMIN, W. 1939-40. Sobre el concepto de historia. En: BENJAMIN, W. 2009., *op. cit.*, p. [§XIV] 146.

⁷⁰ RADBRUCH, G. 1948. Introducción a la filosofía del derecho. México D. F.. FCE (2005). p. 41[Destacado original]. Como señala Benjamin: la violencia fundadora se identifica en la victoria. (BENJAMIN, W. 1921., *op. cit.*, p. 45).

⁷¹ “En el gran delincuente aparece esa violencia que amenaza con fundar un nuevo derecho...” (BENJAMIN, W. 1921., *op. cit.*, p. 42).

gravedad⁷². Y esa sospecha no carece de fundamento: en efecto, de esa destrucción puede emerger una construcción. Y no sólo eso: la emergencia de la construcción *depende de* la eficacia de la destrucción, esto es, del triunfo de la revolución. ¿Cómo opera ese tránsito en que la negación de lo jurídico se convierte, invirtiéndose, en afirmación de una nueva juridicidad?

Para que la violencia opere como manifestación de lo que Castoriadis llama “lo social instituyente” debe desplegar la descrita dimensión de negación mostrándose en su inconmensurabilidad disruptiva respecto a “lo social instituido”; es decir, ha de operar como una acción violenta *en tanto que* informe. Pero, al mismo tiempo, ha de sobrevivir a su manifestación inmediatamente informe y, para ello, ha de adoptar una forma. Ha de operar, por tanto, como *formante informe*⁷³:

Hay lo social instituido, pero éste supone siempre lo social instituyente. ‘En tiempos normales’, lo social se manifiesta en la institución, pero esta manifestación es a la vez verdadera y de algún modo falaz –como lo muestran los momentos en los que lo social instituyente irrumpe y se

⁷² De acuerdo a Feuerbach, “La *alta traición* es la acción de un súbdito del Estado que se dirige [...] a destruir la existencia del Estado o de alguna de sus instituciones que se establecen en general como su esencia. El autor de alta traición es un *enemigo del Estado* (*perduellis, hostis*), pero su injuria es mayor que la de un enemigo externo, porque es un ciudadano o súbdito del propio Estado.” Se sigue que “[l]a alta traición, conforme a los principios generales y a las leyes positivas, es el más punible de todos los crímenes.” (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, pp. [§162] 120; 120 n. 2). Conforme a la gravedad del crimen, se gradúa la del castigo: “La pena de alta traición es: i) La muerte por descuartizamiento y para las mujeres por inmersión; ii) El Fisco incauta los bienes del autor; iii) Se infama la memoria de su nombre (*damnata memoria*); iv) Los hijos también sufren por el crimen de sus padres, al menos en el magnicidio intentado o consumado. Son deshonorados, no pudiendo alcanzar ningún cargo pública ni heredar a nadie.” (*Ibid.*, p. [§169] 123). Sobre el concepto de *hostis* como enemigo público en contraste con el de *inimicus* como adversario privado objeto de odio, véase: SCHMITT, C. 1939., *op. cit.*, pp. 179 y ss.

⁷³ Cfr. CASTORIADIS, C., *op. cit.*, p. 178. Esta misma idea es expresada por Schmitt a propósito del poder constituyente como poder que “[n]unca se constituye a sí mismo, sino que siempre constituye a otros” (SCHMITT, C. 1978., *op. cit.*, p. 188). Fiel a su premisa de que “[t]odos los conceptos significativos de la moderna teoría del Estado son concepto teológicos secularizados” (SCHMITT, C. 1934., *op. cit.*, p. 43), sostiene que la omnipotencia de la voluntad constituyente no se ve opacada por su “oscuridad”: “Tiene incluso que serlo si el *pouvoir constituant* es realmente *inconstituible*. Esta consecuencia, que Sieyès ha expresado, deja ver ya la filosofía del siglo XIX, completamente opuesta al racionalismo, en la que Dios es el centro del universo, como ‘un oscuro ser objetivo’, del mismo modo que el *pouvoir constituant informe*, pero que produce siempre nuevas formas, es el centro de la vida estatal.” (SCHMITT, C. 1978., *op. cit.*, p. 190 [Destacado agregado]).

pone al trabajo con las manos desnudas, los momentos de revolución. *Pe- ro este trabajo apunta inmediatamente a un resultado, que es darse de nuevo una institución para existir en ella de manera visible* –y, a partir del momento en el que esa institución es planteada, lo social instituyente se enmascara, se distancia, está también en otra parte.⁷⁴

Para que esa violencia jurídicamente infundada –que “a manos desnuda” trabaja en tiempos de revolución– funde una (nueva) juridicidad –“se dé una institución para existir en ella de manera visible”–, de algún modo debe suprimirse *ex post* el estatus de violencia que, derivado de su carencia de fundamento, presidió el acto de institución; debe auto-asignarse un sentido que explique el acontecimiento y justifique la prolongación temporal de la rearticulación de fuerzas que generó; debe cristalizar el fluir de su fuerza en una estructura que la exprese, la afirme y, a un mismo tiempo, la encauce, es decir, la retenga, la limite o, lo que es lo mismo, la niegue⁷⁵. La violencia sólo puede operar como afirmación fundacional de un nuevo derecho en la medida en que discursivamente niegue la negación destructiva que originalmente caracterizó su ejercicio informe de oposición a las formas jurídicas pre-existentes. De esa necesidad de frenar el fluir instituyente (institución en sentido activo, como verbo: proceso de institucionalización u operación instituyente) para instituir (institución en sentido estático, como sustantivo: la realidad objetiva producida por el proceso de institucionalización y su operación como realidad instituida), surge el fenómeno de la objetivación potencialmente reificante de la estructura social que vimos en la sección anterior⁷⁶. De ahí que, como dice Castoriadis, “a partir del momento en el que esa institución es planteada, lo social instituyente se enmascara, se distancia, está también en otra parte”⁷⁷. De ahí también que, como a

⁷⁴ CASTORIADIS, C., *op. cit.*, p. 179 [Destacado agregado]. En la alusión a los “tiempos normales” como ámbito de operación de los social instituido, en contraste con la “anormalidad” de la irrupción de lo social instituyente, se revela un nuevo paralelismo entre Castoriadis y la posición de Schmitt respecto a la excepción soberana en que se ejerce el poder constituyente. Cfr. SCHMITT, C. 1934., *op. cit.*, p. 28; SCHMITT, C. 1978., *op. cit.*, p. 182.

⁷⁵ Cfr. HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, pp. [§6.β)] 83-5.

⁷⁶ Véase *supra*. §I.1.4.1.

⁷⁷ CASTORIADIS, C., *op. cit.*, p. 179.

continuación veremos, la dinámica violenta –que es también la fuerza instituyente, el poder constituyente⁷⁸– se mantenga activa en la fase de operación del derecho instituido⁷⁹ en que la pena propiamente tal surgirá como mecanismo conservador del orden social, dispositivo coactivo de control social.

Ahora debemos concentrarnos en esta primera manifestación de la violencia, porque será esta violencia –medio que caracteriza su operación fáctica *qua* función *inmediata*– y, en particular, la función social que cumple al constituir ese sustrato de realidad institucional en que consiste el derecho –fin o *telos* que articula esa operación *qua* función *mediata*–, la que se transmitirá luego a los instrumentos intra-institucionalmente definidos como la pena. El factor clave para el desempeño de ese rol en este ámbito fundacional reside en la peculiar dinámica en que la violencia se niega como tal. Y si bien para neutralizar la dimensión violenta que le es inextirpable el derecho opera de distintos modos según estemos en la fase fundadora-instituyente o conservadora-instituida; en ambos supuestos coincide en lo medular, a saber, en su capacidad de negar el momento de *decisión* del que en gran medida emana esta violencia que permea al derecho en su globalidad. Son, por tanto, dos caras de un mismo mecanismo.

* * *

Si, en la línea que Benjamin asocia al positivismo jurídico, sostenemos que la justificación del derecho se obtiene acreditando la legitimidad de su origen, parece que la violencia que lo funda también debiera, para justificarse, remitir a la validez de su

⁷⁸ “Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido el Poder constituyente. [...] Al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad.” (SCHMITT, C. 1928., *op. cit.*, pp. 94-5).

⁷⁹ “La ley no es pacificación, porque detrás de la ley la guerra [esto es, la violencia] continúa enfureciendo, y de hecho enfurece, dentro de todos los mecanismos de poder, hasta de los más regulares.” (FOUCAULT, M. 1976. *Genealogía del racismo*. La Plata. Caronte (2008). p. 47).

génesis. El problema es que lo que en esta fase caracteriza a la violencia es que opera precisamente como origen: origen que por definición carece de un referente que ontológicamente lo preceda al que apelar como fuente de justificación normativa de su accionar estrictamente originario. En otras palabras, si esta violencia no puede definirse –de acuerdo a la lógica iusnaturalista– como medio al servicio de un fin justo; es decir, como acto de directa y transparente aplicación de un precepto dotado de indubitada validez previa; tampoco puede recurrir –de acuerdo a la lógica positivista– al “origen” para extraer de él el sustrato de normatividad que cimiente su legitimidad, ya que su función es crear precisamente el orden que, de existir, le serviría de fundamento. Se trata de una violencia que en el instante fundacional aparece como *medio* pero que carece de la *finalidad* justa u *origen* legítimo que podría justificarla en virtud de su relación de (in)adecuación normativa o (dis)funcionalidad fáctica:

El surgimiento mismo de la justicia y del derecho, *el momento instituyente, fundador y justificador del derecho implica una fuerza realizativa* [...] Su momento mismo de fundación o de institución nunca es [...] un momento inscrito en el tejido homogéneo de una historia, puesto que lo que hace es rasgarlo con una *decisión*. Ahora bien, la operación que consiste en fundar, inaugurar, justificar el derecho, hacer la ley, consistiría en un golpe de fuerza, en una violencia realizativa y por tanto interpretativa, que no es justa o injusta en sí misma, y que ninguna justicia ni ningún derecho previo y anteriormente fundador, ninguna fundación preexistente, podría garantizar, contradecir o invalidar por definición. Ningún discurso justificador puede ni debe asegurar el papel de metalenguaje con relación a lo realizativo del lenguaje instituyente o a su interpretación dominante.⁸⁰

Un “metalenguaje” establece las reglas en virtud de las cuales cabe construir enunciados validos al interior del sistema lingüístico que sus preceptos organizan. En la terminología Searle, remitiría a la noción de *reglas constitutivas*⁸¹. En el acto de institución fundacional, empero, no hay reglas preexistentes en virtud de cuya aplicación se

⁸⁰ DERRIDA, J. 1989., *op. cit.*, pp. 32-3 [Destacado agregado].

⁸¹ Reglas del tipo “X cuenta como Y” o “X cuenta como Y en el contexto C”. (SEARLE, J. 1969., *op. cit.*, p. 44; SEARLE, J. 1995., *op. cit.*, p. 46).

siga la fundación como efecto. Se trata, por ende, de una operación de *decisión* en sentido estricto, es decir, de una acción no susceptible de reconducirse a un modelo previo respecto al cual pueda reconstruirse un nexo de derivación lógica (particularización aplicativa)⁸². No puede concebirse como actuación determinada en su contenido por una norma susceptible de identificarse con anterioridad a su ejecución y definirse como la causa determinante de la acción que, de esta suerte, se justificaría en tanto aplicación – bajo el supuesto de que la regla de la que es aplicación posea en sí misma justificación–:

...es inherente a la idea de la decisión la imposibilidad de que exista una decisión declarativa absoluta. Desde el punto de vista del contenido de la norma en que se basa la decisión, aquel elemento constitutivo y específico de la decisión representa algo nuevo y ajeno. *En términos normativos, la decisión surge de la nada.*⁸³

La decisión –señala Derrida– “marca siempre una interrupción de la deliberación jurídico-, ético- o político-cognoscitiva que la precede y que debe precederla”⁸⁴. Parafraseando a Castoriadis, podría decirse que el resultado de un juicio práctico en forma de decisión no es ni lógico, ni absurdo: es arbitrario⁸⁵; o al menos que posee un irreductible componente de arbitrariedad. Hay un elemento de inexorable precipitación al decidir, precipitación que nunca tiene lugar sin cierta disimetría y cierta forma de violencia⁸⁶. El acto de fundación como acto de decisión implica la ausencia de justificación para una acción que, entonces, se muestra como mera destrucción, violencia desnuda, infundada⁸⁷. La estructural carencia de fundamento es lo que permite su operación como fundamento; la violencia de la acción sin fundamento es condición de posibilidad de la fundación, esto es, de la emergencia del fundamento que la fundamente. Esto ya lo hemos

⁸² Cfr. HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, pp. [§214] 333-4. Véase *infra*. §II, 1.3.

⁸³ SCHMITT, C. 1934., *op. cit.*, p. 40 [Destacado agregado].

⁸⁴ DERRIDA, J. 1989., *op. cit.*, p. 61 [Destacado original suprimido].

⁸⁵ CASTORIADIS, C., *op. cit.*, p. 198 n. 15.

⁸⁶ DERRIDA, J. 1989., *op. cit.*, p. 62.

⁸⁷ “Dado que en definitiva el origen de la autoridad, la fundación o el fundamento, la posición de la ley, sólo pueden, por definición, apoyarse en ellos mismos, éstos constituyen en sí mismos una *violencia sin fundamento*.” (*Ibid.*, p. 34 [Destacado agregado]).

visto. Ahora, para que la destrucción se torne construcción, la primera dimensión debe necesariamente re-significarse; su condición de violencia debe revestirse simbólicamente de un sentido en que se torne aprehensible como acto de instauración de un orden; operación instituyente, en nuestro caso, de un orden jurídicamente organizado.

La fundación-institución tiene la estructura de lo que Derrida llama una “tautología realizativa”⁸⁸: “cierta violencia del derecho que se establece a sí mismo decretando que es violento, esta vez en el sentido de fuera-de-la-ley, todo aquello que no reconoce”⁸⁹. Para que esto sea posible –como anunciamos– debe suprimirse retroactivamente la decisión que estuvo en el núcleo del acto fundacional. Se articula *ex post* un modelo interpretativo que, aplicado retrospectivamente a la violencia, la recalifica como fundación. La violencia informe crea un orden en tanto se le imputa *a posteriori* una forma; o al menos un modo de actuación regulativamente orientado hacia la constitución de una forma, es decir, una pretensión formalizadora latente en su actuación superficialmente informe. Resignificación acreditada por el derecho que, en efecto, ha fundado. En consecuencia, las “reglas constitutivas” surgen *ex post* como modelo de interpretación retrospectiva de un acontecimiento originariamente no-reglado, anómalo, anómico:

La inteligibilidad o la interpretabilidad de esta ley sólo podrá producir las el porvenir. (...) [S]e diría que el orden de la inteligibilidad depende a su vez del orden instaurado y que sirve para interpretar éste. Esta legibilidad será, pues, tan poco neutra como no-violenta. Una revolución

⁸⁸ DERRIDA, J. 1990., *op. cit.*, p. 86. Expresión equivalente a la empleada por Bourdieu al aplicar la misma lógica al análisis de un específico campo del derecho como es el judicial: “La entrada en el universo jurídico va acompañada de una redefinición completa de la experiencia ordinaria y de la situación misma que es objeto del litigio, debido a que dicha entrada implica la aceptación tácita de la ley fundamental del campo jurídico, *tautología constitutiva* que pretende que los conflictos sólo puedan ser regulados jurídicamente, esto es, según las reglas y las convenciones del campo jurídico.” (BOURDIEU, P. 1986., *op. cit.*, p. 191 [Destacado agregado]). Schmitt, por su parte, habla de la “posibilidad de que una norma, un orden o una categoría de atribución ‘se instaure a sí misma’.” (SCHMITT, C. 1939., *op. cit.*, p. 28).

⁸⁹ DERRIDA, J. 1990., *op. cit.*, p. 86. De ahí que lo que Benjamin llama “fines naturales” no constituyan una amenaza para derecho *en tanto que naturales*, sino exclusivamente *en tanto no-reconocidos, no-jurídicos*. Aquí su no-reconocimiento no deriva de su estatus de fin “natural”; antes bien, es su condición “meramente natural” la que procede de ese no-reconocimiento.

‘lograda’, la fundación de un Estado ‘lograda’ (un poco en el sentido que se habla de un ‘*felicitous*’ ‘*performative speech act*’) producirá con posterioridad lo que estaba por anticipado llamada a producir, a saber, *modelos interpretativos apropiados para leer retroactivamente, para dar sentido, necesidad y sobre todo legitimidad, a la violencia que ha producido, entre otras cosas, el modelo interpretativo en cuestión, es decir el discurso de autolegitimación.*⁹⁰

La violencia de la fundación –el elemento de inextirpable indeterminación, la arbitrariedad y contingencia de la decisión instituyente– es neutralizada en una mecánica de re-significación que la inscribe en una trama discursiva donde el acontecimiento adquiere un sentido totalmente distinto que con el tiempo será aprehendido como auto-evidente, natural. El sentido del acto sufre un desplazamiento al introducirse en lo que, en sentido amplio, Berger y Luckmann llaman “universo simbólico”:

El universo simbólico [...] ordena la historia y ubica todos los acontecimientos colectivos dentro de una unidad coherente que incluye el pasado, el presente y el futuro. Con respecto al pasado, establece una ‘memoria’ que comparten todos los individuos socializados dentro de la colectividad. Con respecto al futuro, establece un marco de referencia común para la proyección de las acciones individuales. De esta manera el universo simbólico vincula a los hombres con sus antecesores y sus sucesores en una totalidad significativa, que sirve para trascender la finitud de la existencia individual y que adjudica significado a la muerte del individuo. Todos los miembros de una sociedad pueden ahora concebirse ellos mismos como pertenecientes a un universo significativo que ya existía antes de que ellos nacieran y seguirá existiendo después de su muerte.⁹¹

Al evento violento se le asigna una posición en el encadenamiento significativo-causal de un otro orden –natural, divino, histórico, económico, etc.– superior que trasciende la particularidad concreta del evento que en su interior se inserta y, de este modo,

⁹⁰ DERRIDA, J. 1990., *op. cit.*, p. 94 [Destacado agregado].

⁹¹ BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, p. 131. Como explícitamente señalan, el universo simbólico cumple una *función nómica* en virtud de la cual “pone cada cosa en su lugar”: ordena y, por ende, legitima roles colocándolos *sub specie universo*, vale decir, en el contexto del marco de referencia más general que pueda concebirse. (*Ibid.*, pp. 126; 127-7).

es capaz de explicarlo y justificarlo. El lugar que se le asigna al interior del orden simbólico lo dota de un sentido distintivo, sentido que emana de la posición diferencial que asume y que Girard denomina su *diferencia*⁹²:

Degree, gradus, [la Diferencia] es el principio de todo orden natural y cultural. Es lo que permite situar a unos seres en relación con otros, lo que ocasiona que las cosas tengan un sentido en el seno de un todo organizado y jerarquizado. Es lo que constituye los objetos y los valores que los hombres transforman, intercambian y manipulan. La metáfora de la cuerda musical define este orden como una *estructura* en el sentido moderno del término, un sistema de distancias referenciales desordenado de golpe cuando la violencia recíproca se instala en la comunidad. La crisis es designada unas veces como conmoción y otras como escamoteo de la diferencia.⁹³

El sentido violento del acto fundacional se re-significa siempre de un modo *mítico* que opera dotándolo de un velo de sacralidad, de intangibilidad, de necesidad. El mito ofrece una “transfiguración retrospectiva, una relectura a la luz del orden cultural surgido de la crisis”,⁹⁴ de la violencia fundacional. El discurso mítico opera como estructurante que, desde siempre ya estructurada en su objetividad trascendental, determina indefectiblemente la constitución y naturaleza del orden mundano configurado como su expresión e institucional consagración, legitimando con ello la violencia original al redefinirla como operación instituyente⁹⁵.

En principio, la violencia de la fundación derivada de su no-fundamentación en un orden previo que la definiría y legitimaría en tanto aplicación, supone una ruptura en

⁹² Como señala Castoriadis: “todo simbolismo es *diacrítico* o actúa ‘por diferencia’: un signo no puede emerger como signo sino sobre el fondo de algo que no es signo, o que es signo de otra cosa.” (CASTORIADIS, C., *op. cit.*, p. 190 n. 6 [Destacado original]).

⁹³ GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 58 [Destacado original]

⁹⁴ *Ibid.*, p. 72.

⁹⁵ La idea del origen como “mito” denota la penetración de lo sacro como aparato discursivo idóneo para resignificar su significado *prima facie* violento en virtud de su inserción en un orden cósmico en que adquiere una dimensión de sentido superior que desautoriza al primigenio: la mitología entraña “un alto grado de continuidad entre el orden social y el cósmico, y entre todas sus respectivas legitimaciones: toda la realidad aparece como hecha de una misma materia”. (BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, p. 142).

el continuum histórico, un acontecimiento que interrumpe el devenir ya encauzado por formas previas, por andamiajes institucionales siempre ya presentes en la realidad histórica en la que tiene lugar todo acto de fundación. La violencia fundacional es *violenta* en tanto prescinde de esas formas pre-existentes; y es potencialmente *fundacional* en tanto prescinde no de ciertas formas jurídicas particulares concretamente identificables, sino del derecho como tal, de la fuerza coactiva de sus formas en general, es decir, de su fuerza vinculante en tanto formalizante. Ahora, si la fundación es violencia en tanto *diferencia*, sólo es efectiva –y no potencial– fundación en tanto *repetición* del pasado-origen, o en tanto anticipación-promesa de *repetibilidad* del (nuevo) origen que declara constituir.

Por lo tanto, la violencia de la fundación puede también neutralizarse negando su condición fundacional y declarándose a sí misma como acto de conservación o retorno al origen fundacional y, por consiguiente, como repetición o re-creación. En este caso no hay decisión en sentido propio, sino derivación pre-determinada por el orden al que remite la justificación de un acto que cabría calificar como *re-fundacional*. Ahora bien, históricamente este recurso a la idea de un retorno al origen (mítico) ha sido una constante en acontecimientos de ruptura o cambio social radical, en todo evento, por ejemplo, revolucionario. Más allá del estatus que pueda otorgarse a este discurso –por ejemplo, como dispositivo discursivo estratégicamente orientado a la persuasión de las masas en pos del móvil político enarbolado por los líderes que lo formulan–, lo relevante para nuestros propósitos es entender que este recurso al origen en tanto evento pasado – instante puramente mítico o mitificación de uno auténticamente histórico– aparece siempre en relación con un evento presente que, en el instante en que el discurso se formula, se encuentra en curso y reclama, en el acto, legitimarse. Es siempre el presente el que justifica el recurso al origen para recubrir (encubrir) la decisión –arbitraria, contingente– inherente a la violencia de la fundación. Y este pasado mítico hecho presente para otorgar sentido a la fuerza instituyente, sólo lo logra en tanto le adscriba una orien-

tación prospectiva, en tanto el pasado del origen aparezca como imagen de un por-venir, promesa de un futuro retorno cuyo camino se inicia con el acto fundacional. En esa medida, lo esencial reside no en su condición de expresión o aplicación de un orden pasado –mítico o de otro tipo–, sino en la pretensión de (re)establecer dicho orden y extenderlo hacia el futuro como el orden justo, correcto, legítimo y, en tanto justificado, no-violento.

Esta dimensión temporal en que la *diferencia* (violentamente) impuesta por la fuerza instituyente anuncia su (violenta) *repetición* en calidad de fuerza instituida –lo que Derrida llama su *iterabilidad*⁹⁶– se inscribe en la estructura misma de la fundación que, de esta suerte, es siempre y necesariamente promesa de repetición cumplida a través de lo que siguiendo a Benjamin llamaremos *violencia conservadora*⁹⁷.

⁹⁶ “Lo que amenaza el rigor de la distinción entre las dos violencias, y que Benjamin no dice, es en el fondo la paradoja de la iterabilidad. Ésta hace que el origen deba originariamente repetirse y alterarse para valer *como origen*, es decir, para conservarse. [...] Esta iterabilidad inscribe la conservación en la estructura esencial de la fundación.” (DERRIDA, J. 1990., *op. cit.*, p. 108 [Destacado original]).

⁹⁷ BENJAMIN, W. 1921., *op. cit.*, pp. 42 y ss.

1.2.1. Institucionalización y cohesión: integración

Hasta aquí hemos descrito la mecánica del momento instituyente en que se da el extraño fenómeno de cierta violencia capaz de fundar derecho. Cabe ahora preguntarse por la función cumple esta función. Si, de acuerdo a lo dicho en la sección precedente, estamos ante un acontecimiento condicionado en su desenvolvimiento por la participación potencialmente consciente y deliberada de los agentes sociales cuyas relaciones estructurales resultan cristalizadas en el almacén institucional del derecho, ¿cuál es el sentido subjetivamente adscrito como *telos* a esa operación? ¿Cuál es el efecto que el colectivo erige como fin de la acción instituyente y, de esta suerte, define la operación tendiente a su materialización como su función?

Plantaremos que la función a la que sirve la institución del derecho –con la dinámica violenta que vimos le resulta inextirpable– puede englobarse bajo cierta noción de *integración social*. Veremos a continuación cómo puede establecerse ese nexo explorando el proceso de constitución de la unidad política de una comunidad, contracara social de la operación fundacional que en el plano abstracto hemos descrito.

* * *

Evidenciando la continuidad entre el aparato conceptual antes desarrollado respecto a la función instituyente en general y nuestra aproximación a la función de la misma de cara al derecho en particular, podemos recurrir a una situación hipotética propuesta por Searle como ejemplo de construcción (social) de la realidad social:

Consideremos, por ejemplo, una tribu primitiva que, inicialmente, construye un muro alrededor de su territorio. El muro es un ejemplar de una función merced a propiedades meramente físicas [...]. Pero supongamos que el muro evoluciona paulatinamente, pasando de ser una gran barrera física a convertirse en una barrera simbólica. Imaginemos que, poco a poco, el muro se va derrumbando, quedando al final reducido a una mera línea de piedras. Pero imaginemos que, lo mismo sus moradores que los circunvecinos, continúan *reconociendo* en la línea de piedras una señal que marca la frontera territorial, y la reconocen de un modo que afecta a su conducta. [...] La línea de piedras tiene ahora una función que no queda cumplida merced a sus meras propiedades físicas, sino en virtud de la intencionalidad colectiva. [...] El resultado es, en un sentido muy primitivo, simbólico; porque un conjunto de objetos físicos cumple ahora la función de indicar algo que va más allá de ellos, a saber: los límites del territorio. La línea de piedras cumple la misma *función* que una barrera física, pero no la cumple merced a su construcción física, sino porque se le ha asignado colectivamente un nuevo *status*, el *status* de un marcador de frontera.⁹⁸

Originalmente el muro ejerce una función de demarcación territorial a partir de sus propiedades físicas. La interrupción fáctica del tránsito operada a través su materialidad sirve de mecanismo coactivo: impide por la fuerza, violentamente, el paso; merced a su facticidad excluye *de facto*. Sus propiedades físicas desaparecen con el tiempo. No obstante, continúa ejerciendo la misma función. La pérdida de su materialidad no afecta su incidencia fácticamente coercitiva en la medida en que se conserva su estatus de símbolo de demarcación territorial en el modo subjetivo de percibirlo: su eficacia depende ahora de la voluntad colectiva de reconocer la validez de su pretensión coactiva. El reconocimiento de su realidad opera performativamente como producción ontológica de esa realidad, ahora, institucional⁹⁹.

⁹⁸ SEARLE, J. 1995., *op. cit.*, pp. 56-7 [Destacado original].

⁹⁹ “[E]l principio real de la eficacia del poder mágico [...] reposa en el campo de los agentes e instituciones involucrados en la *producción y reproducción de la creencia colectiva en su valor*.” (BOURDIEU, P. 1988., *op. cit.*, p. 74 [Destacado agregado]).

No obstante, con independencia de su capacidad de ejercer una restricción efectiva al tránsito gracias a sus propiedades empíricas, puede sostenerse que desde un inicio el cumplimiento de su rol depende esencialmente de su operación a nivel simbólico-discursivo. Primero porque ya la edificación del muro ha de estar necesariamente precedida por una distribución asimétrica del poder entre el colectivo que desde el interior la edifica y aquel que puebla los dominios situados en su exterior. Segundo, en tanto el respeto fáctico de esa delimitación —esto es, la decisión a favor de su no-destrucción o no-transgresión— depende de la permanencia de esa asimetría: ya sea en términos de una sumisión resignada ante un escenario que objetivamente torna implausible o estratégicamente irracional la pretensión de abolir o vulnerar la frontera; ya sea en virtud del reconocimiento subjetivo de la legitimidad de esa delimitación. Así, antes de la erosión de su sustrato fáctico, su eficacia demarcatoria pende en lo fundamental de su dimensión simbólica como encarnación institucional de una asimetría de poder que su existencia, objetivándola, expresa y consagra.

En primera instancia lo que la edificación del muro hace es *consagrar* una correlación de fuerzas entre los dominios delimitados¹⁰⁰. Supone, por regla general, la culminación de una etapa de violencia explícita, de guerra. El fin de la guerra y su violencia se consagra “celebrando” la paz a través del ritual que establece las fronteras. La violencia manifiesta se suspende desde el momento en que una de las partes vence en el conflicto armado; el desequilibrio de fuerzas decanta en el término de su ejercicio físico. La asimetría fáctica que motiva el fin del conflicto explícito es seguida por el ceremonial de los “acuerdos de paz”; esto es, la consagración discursiva de la misma asimetría. En virtud de ella, la violencia es *normalizada* a través de la institución de las fronteras que resguardan ese desequilibrio al simbolizar la posibilidad latente de su resurgimiento, representando la subsistencia de la violencia en estado de potencia. La noción de “paz” que rotula el ceremonial esconde la misma ambigüedad moral antes postulada respecto a

¹⁰⁰ Cfr. BOURDIEU, P. 1986., *op. cit.*, pp. 202-3.

la solución “pacífica” de conflictos mediante un “libremente consensuado” acuerdo contractual¹⁰¹. Hay cierta hipocresía en un discurso de “paz” que parece limitarse a encubrir retóricamente una violencia que puede verse incluso como más intensa que la que se *presenta* en la lucha efectiva, en la medida en que expresa una desproporción en la correlación de fuerzas (que durante el conflicto armado se mantuvo en relativo equilibrio) substantivamente mayor a favor de la parte victoriosa que, entonces, impone coactivamente su voluntad (fácticamente sustentada en un poder de superioridad indiscutida acreditado por el triunfo) y la *re-presenta* discursivamente (en una modalidad de representación marcada por la ficción de lo teatral) como un “acuerdo” contraído con la parte abatida, cuyo sometimiento y obligada aceptación del “pacto” aparece luego como libre expresión de su voluntad. Como sostiene Benjamin, en el derecho moderno

...el fenómeno original de la violencia fundadora de derecho es la instauración de los límites, tal como se plantea la ‘paz’ de toda la era mítica. La instauración de los límites muestra con claridad que toda violencia fundadora de derecho debería garantizar el poder más que la exageradísima riqueza de bienes. Allí donde los límites están establecidos, el enemigo no destruirá nada; al contrario, *reconocerá los derechos allí donde el vencedor detente esa violencia que le sea superior*. Por eso, se trata de derechos ‘iguales’ en una forma ambiguamente diabólica. Para las dos partes del trato hay una línea que no tienen permitido cruzar. En la naturalidad más temible, aparece la ambigüedad mítica de las leyes, las cuales no se permite ‘transgredir’. Sobre éstas satirizó Anatole France: la ley prohíbe por igual que pobres y ricos duerman bajo un puente. [...] *[Desde el punto de vista la violencia (la única capaz de garantizar el derecho), no hay igualdad, sino, en el mejor de los casos, violencias igual de grandes.*¹⁰²

El muro cumpliría su función delimitadora no en su facticidad sino en su virtualidad expresiva de algo que la trasciende, a saber, según su capacidad de simbolizar la disimetría de fuerza entre las partes previamente involucradas en el conflicto bélico. Ahora, si su facultad de incidir efectivamente en la configuración del comportamiento –

¹⁰¹ Véase *supra*. §II.1.1.2.

¹⁰² BENJAMIN, W. 1921., *op. cit.*, pp. 55-6 [Destacado agregado].

operada a través de la interiorización del deber de no transgredir los límites que simboliza— radica en su capacidad de remitir a la fuerza que le subyace, ¿qué sentido tiene el ritual que celebra la paz consagrando el término del conflicto por la vía de instituir fronteras que definen la redistribución del dominio sobre el territorio? ¿Es algo “meramente” simbólico en el sentido de un evento superfluo que no trasciende el plano retórico y carece, por ende, de toda incidencia práctica?¹⁰³

Bueno, en ese ritual de consagración de la facticidad pre-existente en la disimétrica distribución de fuerza tiene lugar la operación fundacional en que una estructura social dada en la materialidad de las relaciones de poder y violencia “desnudas” que la encarnan, es artificialmente revestida por una forma simbólica y adquiere con ello un estatus ontológico diferente como realidad institucional. En la “hipocresía” que supone revestir retóricamente el involuntario sometimiento de una de las partes a un poder *de facto* insuperable para escriturarlo y exhibirlo “como si” se tratase de un acuerdo alcanzado con su voluntario asentimiento respecto al modo de redistribuir el espacio físico, no subyace sino la aspiración de toda violencia que se pretenda fundacional de suprimir retroactivamente el componente decisionista, el salto arbitrario propio de un acontecimiento disruptivo que viola toda forma¹⁰⁴. En él no encontramos sino la pretensión de articular *ex post* una plataforma discursiva susceptible de imputársele a esa violencia como el “universo simbólico”¹⁰⁵ en cuyo seno puede adquirir un sentido que desautorice su calificación como “violencia” y la redefina como el evento fundacional que instaaura un orden social en forma de derecho. La “guerra” es la violencia informe. La “paz” es el

¹⁰³ Véase *infra*. [§III.1.1.2.] lo que sostendremos a propósito de la dimensión simbólica del castigo.

¹⁰⁴ “El momento de la decisión es una locura, dice Kierkegaard.” (DERRIDA, J. 1989., *op. cit.*, p. 61).

¹⁰⁵ Cfr. BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, pp. 118 y ss.

otro nombre que adopta esa violencia cuando está dotada de forma, cuando es revestida de una forma institucional¹⁰⁶.

Bien puede entonces Foucault invertir el clásico dictamen de Clausewitz; si para éste “[l]a guerra no es sino la continuación de la política por otros medios”¹⁰⁷, para Foucault “la política es la guerra continuada con otros medios.”¹⁰⁸

...contrariamente a lo que sostiene la teoría filosófico-jurídica, el poder político no comienza cuando cesa la guerra. La organización, la estructura jurídica del poder, de los Estados, de las monarquías, de las sociedades, no encuentra su principio allí donde calla el clamor de las armas. La guerra nunca desaparece porque ha presidido el nacimiento de los Estados: el derecho, la paz y las leyes han nacido en la sangre y el fango de batallas y rivalidades que no eran precisamente –como imaginaban filósofos y juristas– batallas y rivalidades ideales. La ley no nace de la naturaleza, junto a las fuentes a las que acuden los primeros pastores. La ley nace de conflictos reales: masacres, conquistas, victorias que tienen su fecha y sus horroríficos héroes; la ley nace de las ciudades incendiadas, de las tierras devastadas; la ley nace con los inocentes que agonizan al amanecer.¹⁰⁹

Captar la violencia que permea todo acontecimiento fundacional sirve, en primer lugar, para desmitificar el pretendido origen pacífico de la organización de la sociedad en virtud de un acuerdo libremente celebrado entre partes en situación de igualdad,

¹⁰⁶ Desde otra perspectiva Pérez Soto arriba a la misma conclusión: “Para Marx [...] la comunidad no sólo está en ‘conflicto’, sino que está radicalmente dividida por una lucha objetiva en torno al producto social. Si mantenemos la terminología de Hegel, ante esta situación lo que emerge desde el espíritu de un pueblo dividido no es simplemente ‘expresión’, como si hubiese un fundamento social común que pudiera expresarse, sino ‘legitimación’ de posiciones de poder al interior de esa lucha. Con esto *la institucionalización de esas operaciones de legitimación deja de expresar un cierto equilibrio entre poder contrapuestos, y más bien consagra directamente, y de manera desnuda, el dominio de un bando por el otro*. Y es por esa relación de poder sin equilibrio real, sin contrapeso real, que se puede hablar ahora de ‘violencia’, muy por sobre la conflictividad básica, y a pesar de la apariencia de paz que proporciona. Desde el punto de vista de Marx, *bajo el Estado de Derecho burgués la clase dominante llama paz a algo que no es sino la institucionalización de su violencia*.” (PÉREZ SOTO, C. 2012. *Violencia del Derecho y Derecho a la Violencia*. Colección Proposiciones. Creative Commons (2013). p. 8 [Destacado agregado]). En el mismo sentido: PÉREZ SOTO, C. 2008., *op. cit.*, pp. 67-8; 89-90.

¹⁰⁷ CLAUSEWITZ. 1834. P. 140, citado en: SCHMITT, C. 1939., *op. cit.*, p. 183 n. 24.

¹⁰⁸ FOUCAULT, M. 1976., *op. cit.*, p. 45.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 47.

entre subjetividades pre-constituidas en su individualidad autónoma por sobre o más allá del escenario histórico en que tiene lugar la institución “contractual” del Estado¹¹⁰. Sirve, en segundo lugar, para advertir que, en su misma condición de dispositivo mítico, ese discurso contractualista desempeña precisamente el rol performativo que hemos descrito: suprime del acontecimiento la dimensión decisionista que lo hace un caso de violencia informe imputándole retroactivamente un *telos* que habría orientado regulativamente hacia la estructuración su operación, esto es, hacia la creación de una forma que sucediese y sustituyese a aquellas transgredidas en la inmediatez de su manifestación histórica.

Esta violencia, reverso oculto del orden y condición para su constitución, tal como la identifica Foucault, es advertida en su brutalidad por Nietzsche:

...la inserción de una población no sujeta hasta entonces a formas ni a inhibiciones en una forma rigurosa iniciada con un acto de violencia fue llevada hasta su final exclusivamente con puros actos de violencia, – que el ‘Estado’ más antiguo apareció, en consecuencia, como una horrible tiranía, como una maquinaria trituradora y desconsiderada, y continuó trabajando de ese modo hasta que aquella materia bruta hecha de pueblo y de semianimal no sólo acabó por quedar bien amasada y maleable, sino por *tener* también una *forma*.¹¹¹

Es un hecho, entonces, que a partir del acto de violencia original, la “materia bruta” acaba por “tener una forma”:

Su obra es un instintivo *crear-formas, imprimir-formas* [...] [E]n poco tiempo surge, allí donde [los ‘señores’ que detentan el poder y ejercen esa violencia] aparecen, algo nuevo, una concreción de dominio dotada de vida, en *la que partes y funciones han sido delimitadas y puestas en*

¹¹⁰ Con el descaro de una consciencia que se sabe lúcida, acusa Nietzsche: “Quien puede mandar, quien por naturaleza es ‘señor’, quien aparece despótico en obras y gestos –¡qué tiene él que ver con contratos!” (NIETZSCHE, F. 1887., *op. cit.*, p. [§ 17] 125).

¹¹¹ *Ibid.*, p. [§17] 124 [Destacado original].

*conexión, en la que no tiene sitio absolutamente nada a lo cual no se le haya dado antes un 'sentido' en orden al todo.*¹¹²

Esa forma impresa se mantendrá sólo en la medida en que, de un modo más o menos subterráneo, la violencia que la instituye se mantenga continuamente operativa. Mas esta dinámica es propia del derecho instituido y de la violencia conservadora que hace suya como medio¹¹³. Aquí nos interesa observar la finalidad socio-política de la institucionalización primera; el sentido socialmente adscrito que justifica funcionalmente la mutación simbólica que sufre la violencia en su mecánica instituyente.

Retomando el ejemplo de la instauración de fronteras, ese *telos* puede identificarse advirtiendo el evidente pero significativo hecho de que en el acto de delimitar un territorio lo que se consagra es la distinción entre un *interior* y un *exterior*. La violencia fundadora de derecho opera como mecanismo de distribución, demarcación o compartimentación del espacio físico en que se asienta una población. Responde al sentido original que, como recuerda a Schmitt, cabe asignar a la expresión *nomos* –del que deriva el concepto de “norma”, inextricablemente asociado desde entonces al derecho–. Desde el punto de vista tradicional, el *nomos* como norma, como ley [*Gesetz*], “sólo expresa el carácter artificial de lo que es *dispuesto* y *debido* de forma puramente positivista, es decir, la mera voluntad de conseguir o [...] la voluntad de realizar una posibilidad de forzamiento”¹¹⁴; interpretación que diferiría profundamente del sentido original del término:

¹¹² *Ibid.*, p. [§17] 125 [Destacado agregado]. Adviértase cómo, desde las antípodas teóricas, Nietzsche abarca en este párrafo prácticamente la totalidad de los conceptos que comprendía la visión estructural-funcionalista antes vista [*supra*. §I.1.2.]: lo que aquí llamamos *violencia fundacional* imprime una *forma* a la colectividad, es decir, impone una *estructura* que la define morfológicamente; esta estructura adscribe a las partes una *posición*, las interrelaciona, las conecta, *le asigna un sentido a su actuar en relación al todo social*; y, por esta vía, delimita sus *funciones* y se las imputa como propias, como su *rol social*.

¹¹³ Véase *infra*. §II.1.3.

¹¹⁴ SCHMITT, C. 1950. El *nomos* de la Tierra. En el derecho de gentes del *Jus publicum europaeum*. En: ORESTES AGUILAR, H. (Ed.), *op. cit.*, p. 488 [Destacado original].

Nomos, en cambio, procede de *nemein*, una palabra que significa tanto ‘dividir’ como también ‘apacentar’. El *nomos* es, por tanto, la forma inmediata en la que se hace visible, en cuanto al espacio, la ordenación política y social de un pueblo, la primera medición y partición de los campos de pastoreo, o sea la toma de la tierra y la ordenación concreta que es inherente a ella y se deriva de ella [...]. *Nomos* es la medida que distribuye y divide el suelo del mundo en una ordenación determinada, y, en virtud de ello, representa la forma de la ordenación política, social y religiosa.¹¹⁵

Esta noción de *nomos* rebasa su conceptualización positivista como operación de calificación deóntico-normativa de un sustrato de realidad ya dado en su facticidad, esto es, acto de aplicación de una disposición normativa, de un *deber ser*, a un segmento de realidad de inconmensurable heterogeneidad ontológicamente pre-constituido con independencia del acto de simbolización que lo califica: el dominio fáctico-natural, el *ser*. Escapa también a la distinción griega entre *nomos* y *physis* en la medida en que aquí el *nomos* –la norma, lo normal, lo normativo, lo legítimo y, luego, lo legal– emerge, se constituye, se instituye, se funda, en virtud precisamente de su opuesto: de la *physis*, la fuerza, la facticidad de una violencia a su vez fundacional.

En el acto de nominación simbólica, en el *nomos* del nombrar, subyace la violencia del *nomos* destructivo/constructivo de la norma fundacional. No hay una norma que pre-exista a la nominación operada a través de la violencia en que la normalidad se establece y retroactivamente se re-significa como norma. La violencia concede un nombre y el nombre normaliza la violencia. La norma encierra simbólicamente esa violencia que, en estado de latencia, se muestra externamente como normalidad. Como vimos señalaba Derrida, la violencia se ejerce en forma de “tautología realizativa”¹¹⁶: *in actu* privada de basamento, se auto-asigna con el triunfo (en el ceremonial post-bélico de la paz que fija las fronteras y, por supuesto, en la revolución coronada por el éxito) un fundamento que

¹¹⁵ SCHMITT, C. 1950., *op. cit.*, p. 488. En el mismo sentido Bourdieu habla de “el *nomos* como principio universal de visión y división (*nemo* significa separar, dividir, distribuir), principio pues de *distribución* legítima.” (BOURDIEU, P. 1986., *op. cit.*, p. 200 [Destacado original]).

¹¹⁶ DERRIDA, J. 1989., *op. cit.*, p. 86.

ex post la legitima como acontecimiento fundacional. La arbitrariedad intrínseca a la delimitación del espacio se opaca: mediante su re-significación como acto de aplicación de un orden normativo previo, el *nomos* disruptivo instituyente de la fundación se representa dotado de esa legitimidad que retrospectivamente se le introyecta como inmanente. Con ello transita simbólicamente hacia la norma de lo normal: *physis* natural, objetiva; *doxa* auto-evidente¹¹⁷. En contraste con el simple esquema de una esfera del “deber ser” pre-constituido que se aplica sobre una esfera del “ser” ontológicamente autónoma; en la violencia del *nomos* fundacional nos encontramos con una *physis* que en la inmediatez de una fuerza no mediada por normatividad alguna se auto-constituye realizativamente en fuente de normatividad:

El *nomos*, en su sentido original, [...] es precisamente la plena inmediatez de una fuerza jurídica no atribuida por leyes; es un acontecimiento histórico constitutivo, un acto de la legitimidad, que es el que da sentido a la legalidad de la mera ley.¹¹⁸

También para Schmitt este *nomos* encuentra ejemplo paradigmático en la imagen del muro¹¹⁹: la interrupción del continuo espacial que su edificación supone expresa la intencionalidad colectiva de que ejerza la función de delimitar el territorio, de que opere como frontera; y ese reconocimiento social lo constituye simbólicamente pero efectivamente en tal. Y la adscripción institucional de esa función inmediata, encuentra justificación en la función social mediata que de ella se sigue: establecer la frontera equivale a fijar los márgenes que separan lo propio de lo ajeno; intramuros se concentra el *nosotros*, extramuros el *otro*, el extraño o extranjero¹²⁰.

¹¹⁷ Todo rito de institución –asevera Bourdieu– “tiende a consagrar o a legitimar, es decir, a desestimar en tanto que arbitrario y a reconocer en tanto que legítimo, natural, un límite arbitrario...” (BOURDIEU, P. 1981., *op. cit.*, p. 114 [Destacado agregado]).

¹¹⁸ SCHMITT, C. 1950. *op. cit.* p. 491 [Destacado original suprimido].

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 489.

¹²⁰ ““En el principio está la valla. De modo profundo y determinante, la valla, el cercado, la frontera entretejen el mundo formado por los hombres. Es el cercado el que crea el lugar sagrado, separándolo de lo corriente, sometiéndolo a una ley propia, entregándolo a lo divino.’ El cerco protector, la valla for-

En ese nombrar del nombrar, del delimitar, del delinear, del clasificar, del categorizar, del dotar de forma o estructura; en ese estructurante-inestructurado o formante-informe de la violencia, hay una función eminentemente política: la institución simbólica del derecho inviste a la colectividad de un nombre; nominación común en torno a la cual las partes convergen, simboliza el todo articulándolas como un todo, constituyendo el todo, creando el todo. Como dijimos, de esa instauración de las fronteras deriva el *afuera* en oposición/diferenciación al cual se establece el *adentro*; y con el adentro se fija el sentido de *lo mismo*, del *nosotros* frente a lo extraño, frente a *el otro*. En este afuera/adentro simbólicamente establecido por la edificación del muro se concentra la justificación funcional del ejercicio de la violencia fundadora de derecho. Como sostiene Clastres:

La exclusividad en el uso del territorio implica un movimiento de exclusión, y aquí aparece con claridad la dimensión estrictamente política de la sociedad primitiva como comunidad que incluye su vínculo esencial con el territorio: la existencia del Otro se plantea, para empezar, en el acto que lo excluye; cada sociedad afirma su derecho exclusivo sobre determinado territorio contra las otras comunidades; la relación política con los grupos vecinos se produce inmediatamente.¹²¹

Se constituye institucionalmente una unidad política que, consagrándola, crea –o consolida y perpetúa– una identidad social con contornos lo suficientemente definidos para reconocerse y operar como tal. También Bourdieu rescata el sentido original del *nomos* como “el principio oficial de visión y división” y lo inscribe en el campo de las batallas por el poder simbólico cuya forma por excelencia es el poder de hacer grupos y de consagrarlos o instituirlos¹²². Así, en la dotación a un conglomerado de unidades de

mada por seres humanos, el cerco de hombres es una forma primitiva de la convivencia en el culto y de la convivencia jurídica y política.” (SCHMITT, C. 1950., *op. cit.*, p. 493, citando a: TRIER, J. 1942. *Zaun und Mannring*, p. 232).

¹²¹ CLASTRES, P. 1977. *Arqueología de la violencia: la guerra en las sociedades primitivas*. Buenos Aires. FCE (2009). pp. 44-5.

¹²² BOURDIEU, P. 1987., *op. cit.*, p. 124.

un nombre común, en la nominación, por ejemplo, de un colectivo como Nación, en la articulación de un Nosotros en oposición al Otro, opera este “poder realizador del nombramiento”¹²³: acto simbólico de institución en que una nueva realidad es creada, una subjetividad supraindividual-social emerge a partir y en la medida en que las subjetividades individuales reconozcan en el nombre común el *topos* o lugar que le es propio¹²⁴. De esta operación de nominación que concentra la función social de la violencia fundacional al direccionarla hacia la institución/constitución de un orden, pende la existencia de una comunidad política como unidad. En palabras de Balibar:

*Toda comunidad social, reproducida mediante el funcionamiento de instituciones, es imaginaria, es decir, reposa sobre la proyección de la existencia individual en la trama de un relato colectivo, en el reconocimiento de un nombre común y en las tradiciones vividas como restos de un pasado inmemorial (aunque se hayan fabricado e inculcado en circunstancias recientes). Esto viene a significar que sólo las comunidades imaginarias son reales, cuando se dan determinadas condiciones.*¹²⁵

Como señala Balibar, para que el discurso que inviste a las partes de un nombre común devenga constitución de esa comunidad imaginaria que reconocen como propia, debe instalarse a nivel ideológico: operar como mecanismo de subjetivación política a través del cual el individuo constituye su propia identidad como emanación o expresión del todo social. El efecto unificador o *integrador* en que a nivel fáctico se materializa la articulación simbólicamente institucionalizada de esa comunidad imaginaria, se encuentra supeditado a la capacidad de esa identidad colectiva de particularizarse a nivel de los

¹²³ *Ibid.*, p. 124. Véase también: BOURDIEU, P. 1981., *op. cit.*

¹²⁴ En retórica un *topoi* denota lo que se conoce como “lugar común”: una proposición cuya validez se reconoce, al menos transitoriamente, como incontrovertida y, de este modo, permite que la argumentación progrese transitando hacia nuevos *tópicos*. En nuestro caso, la metáfora espacial resulta particularmente pertinente: el *topoi* del *nombre* común remite literalmente al *lugar* común. El reconocimiento social de la validez del *nomos* del nombrar lo constituye en *topoi* al tiempo que define el *topos* espacial que simbólicamente circunscribe como el “lugar común” sobre el que se asienta la comunidad política, la *polis*.

¹²⁵ BALIBAR, E. 1988. La forma nación: historia e ideología. En: WALLERSTEIN, I. y BALIBAR, E. Raza, Nación y Clase. Madrid. IEPALA. p. 145 [Destacado agregado].

sujetos modelando su representación de sí mismos. Y aquí, en la conformación de la subjetividad política –paradigmáticamente en la formación del “ciudadano”– como proceso de *identificación* con la comunidad de la que pende la *existencia* de la comunidad, es donde la figura del *otro* simbólicamente instituido por la fijación nómica de las fronteras juega un rol fundamental:

...el proceso de unificación (cuya eficacia se puede medir, por ejemplo, en la movilización colectiva en la guerra, es decir, en la capacidad de afrontar colectivamente la muerte¹²⁶) presupone la creación de una forma ideológica *específica*. Tiene que ser a la vez un fenómeno de masas y un fenómeno de individuación [...] mucho más fuerte que la simple inculcación de los valores políticos o, más bien, que integre esa inculcación dentro de un proceso más elemental [...] de fijación de los sentimientos de amor y de odio y de representación de ‘si’. Tiene que convertirse en una condición *a priori* de la comunicación entre los individuos (los ‘ciudadanos’) y entre los grupos sociales, no suprimiendo todas las diferencias, sino relativizándolas y subordinándolas, de modo que prime la diferencia simbólica entre ‘nosotros’ y ‘los extranjeros’ viviéndola como irreductible.¹²⁷

El *nomos* del asentamiento y delimitación territorial cumple su función de institución de la comunidad política en tanto supone la exclusión del Otro, referencia abstracta –y eventualmente carente de correlato en la realidad– a una hostilidad foránea; omnipresente amenaza a la subsistencia del Nosotros. El Otro opera como diferencia absoluta en virtud de cuya negación excluyente se cimienta la afirmación del Nosotros¹²⁸. De ahí que Schmitt pueda afirmar que la “específica distinción política a la cual

¹²⁶ “Podríamos decir que, el día de la movilización, la sociedad existente hasta entonces se transformó en comunidad.” (LEDERER. 1915. p. 349, citado en: SCHMITT, C. 1939., *op. cit.*, p. 192 n. 31).

¹²⁷ BALIBAR, E., *op. cit.*, p. 147 [Destacado original].

¹²⁸ A lo largo de esta sección, el empleo de caracteres en mayúscula para aludir al Nosotros y al Otro tiene por objeto evidenciar que su campo de referencia semántica no remite al nosotros o al otro empíricamente asibles, sino al concepto, imagen o representación que los articula en el plano estrictamente discursivo al modo de “personajes” cuyo rol socio-político pretendemos desentrañar.

es posible referir las acciones y los motivos políticos es la distinción de *amigo (Freund)* y *enemigo (Feind)*”¹²⁹:

En verdad no existe ninguna ‘sociedad’ o ‘asociación política’, sino sólo una unidad política, una comunidad política. La posibilidad real del reagrupamiento amigo-enemigo es suficiente para constituir, por encima del simple dato asociativo-social, una unidad determinante que es algo específicamente distinto y al mismo tiempo decisivo en relación con las demás asociaciones.¹³⁰

En esta línea, analizando el rol que desempeña la violencia –en particular la guerra– en las sociedades primitivas, Clastres arriba a una conclusión análoga a la formulada por Foucault de cara a los modernos Estados de Occidente: la guerra no constituye una anomalía sino un estado permanente que, re-representada como presencia en potencia, opera como mecanismo de estructuración interna del orden social. En Clastres, el rol de estructuración interna que cumple la violencia depende de su imputación a Otro que, como amenaza de negación, especularmente opera como dispositivo afirmativo de subjetivación del Nosotros: “el Otro como espejo –los grupos vecinos– devuelve a la comunidad la imagen de su unidad y de su totalidad”¹³¹; “todos los Otros son extraños: la figura del extraño confirma, para cualquier grupo dado, la convicción acerca de su identidad como Nosotros autónomo”¹³². La violencia es la violencia del Otro y, en la medida en que la presencia espectral del Otro es condición de posibilidad de la constitución y conservación del Nosotros, adquiere una específica e indispensable función: instaurar y cohesionar el orden interno articulando una identidad que, percibida como propia por los particulares que lo conforman, se torna simbólico-institucionalmente en la identidad del todo; su nombre opera como *nomos* instituyente que, aglutinando los fragmentos en la unidad significativa del todo social, lo crea.

¹²⁹ SCHMITT, C. 1939., *op. cit.*, p. 177 [Destacado original].

¹³⁰ SCHMITT, C. 1939., *op. cit.*, p. 192.

¹³¹ CLASTRES, P., *op. cit.*, p. 50.

¹³² *Ibid.*, p. 69.

Según vimos, inscrita en la estructura del proceso de formalización instituyente se encuentra la lógica de la reificación: la apropiación simbólica de la voluntad externalizada mediante su inmanentización en la estructura institucional objetiva supone de por sí un fenómeno de alienación¹³³. Para Clastres, empero, las comunidades primitivas podrían prescindir de esa violencia expropiadora y también violentamente homologadora de la categorización reificada ya que gozarían de una unidad política dada con independencia de todo dispositivo representativo-institucional, a saber, aquella que se constituye en virtud de la guerra. La violencia y el componente de oposición con el Otro bastarían para desempeñar la función de cohesión interna en una dinámica de inclusión vía radical exclusión¹³⁴. Se sigue que la unidad del colectivo se da sin la intervención mediadora de mecanismos representativos¹³⁵. Aquí, como sostiene Balibar, las “fronteras exteriores” del Estado se convierten *directamente* en “fronteras interiores”¹³⁶:

...las fronteras exteriores tienen que imaginarse permanentemente como la proyección y la protección de una personalidad colectiva interior, que todos llevamos dentro y que nos permite habitar el tiempo y el espacio

¹³³ Véase *supra*. §I.1.4.1.

¹³⁴ “Para poder pensarse como un Nosotros, hace falta que la comunidad sea a un tiempo indivisa (una) e independiente (totalidad): la indivisión interna y la oposición externa se conjugan, cada cual como condición de la otra.” (CLASTRES, P., *op. cit.*, p. 72).

¹³⁵ Similar en este aspecto a Clastres es la posición de Schmitt, para quien la unidad de la comunidad política goza de precedencia y autonomía ontológica respecto al acto constituyente: “Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un *Ser* político, acerca del modo y forma del propio Ser”. Se sigue que “[e]ste acto *constituye la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior*. No es, pues, que la unidad política surja porque se haya ‘dado una Constitución’. La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política.” (SCHMITT, C. 1928., *op. cit.*, pp. 94; 46 [Destacado agregado]). Una misma concepción de la comunidad como entidad pre-constituida con antelación a la operación instituyente que se limita a consagrarla simbólicamente, puede encontrarse en Durkheim: “En efecto, no incumbe al Estado el crear esa comunidad de ideas y de sentimientos a falta de los cuales no puede haber sociedad; *dicha comunidad debe constituirse por sí misma, y al Estado no le corresponde más que consagrarla*, sostenerla y hacerla más patente a los ojos de los ciudadanos.” (DURKHEIM, É. 1922. La educación, su naturaleza y su papel. En: DURKHEIM, E. 1922. Educación y sociología. Barcelona. Península (1975). p. 63 [Destacado agregado]).

¹³⁶ La expresión la toma Balibar de FICHTE. 1808. Discursos a la nación alemana. (BALIBAR, E., *op. cit.*, p. 147).

del Estado como el lugar en el que siempre hemos estado, en que siempre estaremos ‘en casa’.¹³⁷

En ausencia de esa unidad substantiva, en cambio, habrán de operar mecanismos de unificación simbólicos. Ese mecanismo es la *representación*: la representación recoge en un *discurso* común las voluntades dispersas, reúne a las partes en torno a un núcleo de sentido del que el representante se reconoce como legítimo portavoz. En la formulación de ese discurso representativo, lo representado adquiere unidad como colectivo. Con la unidad, el colectivo mismo adquiere existencia y su existencia se cristaliza, estabiliza y perpetúa en la red simbólico-institucional así erigida:

Es como si el signo terminara por asumir el lugar de los significados, o el representante el de los representados por él. Esto ocurre, en primer lugar, porque su excelencia, su ilustre persona y su visibilidad constituyen una parte esencial, si es que no la esencia misma de su poder; un poder perfectamente simbólico que se mueve en la lógica del conocer y del reconocer. Pero, por otra parte, porque *la misma representación* –al igual que el blasón o el emblema– *puede constituir y crear toda la realidad de grupos cuya existencia social efectiva reside sólo en, y se realiza a través de, dicha representación.*¹³⁸

¹³⁷ *Ibid.*, pp. 147-8.

¹³⁸ BOURDIEU, P. 1983., *op. cit.*, p. 156 [Destacado agregado]. Se sigue que la lógica de la representación como mecanismo de acción colectiva fundado en la delegación, se encuentra siempre amenazado por el peligro de apropiación usurpadora: “Los responsables de la movilización y de la manifestación [...] disponen de un poder absoluto de creación, porque *hacen existir*, de una cierta manera, *al grupo en tanto que tal*, al donarle un cuerpo, el suyo, un nombre, la sigla, sustituto casi mágico del grupo...” (BOURDIEU, P. 2005., *op. cit.*, p. 77 [Destacado agregado]). Véase también: BOURDIEU, P. 1987., *op. cit.*, pp. 125-6. Ahora bien, como sostuvimos, esta operación expropiadora no es un evento accidental susceptible de serle imputado a la voluntad subjetiva de quien en un caso dado hace de representante, sino que es una faceta inherente a la lógica de la *representación* como tal, como evidencia el fenómeno de reificación revisado a propósito de la mecánica representativa que tiene lugar en la formación de los conceptos: “Todo concepto se forma por equiparación de casos no iguales. Del mismo modo que es cierto que una hoja no es igual a otra, también es cierto que el concepto hoja se ha formado al abandonar de manera arbitraria esas diferencias individuales, al olvidar las notas distintivas, con lo cual se suscita entonces la *representación*...” (NIETZSCHE, F. 1873. Sobre verdad y mentira en sentido extramoral. En: NIETZSCHE, F. y VAIHINGER, H. 2007. Sobre verdad y mentira. Madrid. Tecnos. pp. 23-4 [Destacado agregado]). Así, como señala Bourdieu, citando a Poincaré, la *generalización* puede definirse como “el

Ahora, si por hipótesis admitimos con Clastres que las comunidades primitivas pueden prescindir de la representación política y, con ello de la disociación interna entre representantes y representados, entre Estado y sociedad¹³⁹; no puede decirse lo mismo respecto a toda representación, es decir, de cara a su pretendida capacidad de prescindir de toda simbolización como mecanismo de constitución de la comunidad. Como señala Durkheim¹⁴⁰ y luego Bourdieu: “los grupos no están previa y definitivamente fundados en la realidad”¹⁴¹. El colectivo –premoderno, moderno y/o postmoderno– se instituye como tal únicamente en virtud de una red simbólica: no existe comunidad política “natural” sino tan sólo, como apuntaba Balibar, “comunidades imaginarias”¹⁴².

De esta suerte, para Castoriadis la idea de que el simbolismo institucional se limitaría a operar como transparente expresión cristalizadora de relaciones sociales ontológicamente pre-constituidas¹⁴³, es decir, dotadas por sí mismas de una estructura objetiva, carece de sentido:

arte de dar el mismo nombre a cosas diferentes”. (BOURDIEU, P. 1981., *op. cit.*, pp. 113-4). (Sobre la violencia simbólica implícita en el “efecto de homología” característico del derecho, véase: BOURDIEU, P. 1986., *op. cit.*, pp. 219-223). El vacío entre la voluntad universal instituida y las voluntades particulares instituyentes, se da de modo necesario. Este salto no es sino el salto decisionista que antes vimos a propósito de Derrida. El derecho instituido opera de modo tal que vulnera sistemáticamente ese vacío, traspasándolo en la cotidiana imposición de sus normas universales a hechos particulares. De ahí se sigue que su operación normal pueda calificarse de violencia, de ahí emana en particular, como a continuación veremos, su dimensión de *violencia conservadora*. Véase *infra*. §II, 1.3.

¹³⁹ “¿Qué es el Estado? Es el signo consumado de la división en la sociedad, en tanto es el órgano separado del poder político: a partir de ese momento, la sociedad se divide entre quienes ejercen el poder y quienes lo padecen. La sociedad ya no es un Nosotros indiviso, una totalidad-una, sino un cuerpo fragmentado, un ser social heterogéneo. La división social, el surgimiento del Estado son la muerte de la sociedad primitiva.” (CLASTRES, P., *op. cit.*, pp. 74-5).

¹⁴⁰ “Una clase es un grupo de cosas; ahora bien, las cosas no se presentan ellas mismas así agrupadas a la observación.” (DURKHEIM, É. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 30). Véase *supra*. §I.1.4.

¹⁴¹ BOURDIEU, P. 1987., *op. cit.*, p. 114.

¹⁴² BALIBAR, E., *op. cit.*, p. 145.

¹⁴³ Que es, a fin de cuentas, el presupuesto del funcionalismo estructural donde, según vimos, las instituciones emergen como la cristalización de prácticas sedimentadas directamente determinada en su concreta configuración por las “necesidades del organismo social” (DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, p. 57) o por “condiciones necesarias para la existencia de las sociedad” (RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1935., *op. cit.*, p. 203), a las que sirve la acción instituyente, constituyéndose su capacidad de satisfacer dichas necesidades en su *función*. Como manifestación de este “postulado del funcionalismo universal” –según

Postula efectivamente tal sustancia que estaría preconstituida en relación con las instituciones; plantea que la vida social tiene ‘algo que expresar’, ya plenamente real antes de la lengua en la cual será expresado. Pero es imposible captar un ‘contenido’ de la vida social que sería primero y ‘se daría’ una expresión en las instituciones independientemente de éstas; este ‘contenido’ (de otro modo que como momento parcial y abstracto, separado *a posteriori*) no puede definirse más que en una *estructura*, y ésta comporta siempre la *institución*. Las ‘relaciones sociales reales’ de las que se trata son siempre *instituidas*, no porque lleven un revestimiento jurídico (pueden muy bien llevarlo en ciertos casos), sino porque fueron planteadas como maneras de hacer universales, simbolizadas y sancionadas. Esto vale, está claro también, quizás incluso sobre todo, para las ‘infraestructuras’, las relaciones de producción. La relación amo-esclavo, siervo-señor, proletario-capitalista, asalariados-Burocracia *es* ya una institución y no puede surgir como relación social sin institucionalizarse enseguida.”¹⁴⁴

La violencia –específicamente la guerra en Clastres– no opera como mecanismo de subjetivación desde su facticidad, sino a partir del acto simbólico merced al cual se imputa al sujeto situado fuera de las fronteras y, de esta suerte, se le define como extranjero, extraño, Otro, enemigo, hostil amenaza. El Nosotros se articula en oposición al Otro *en virtud de* un mecanismo de *representación*: la realidad, el significado, la presencia; resulta subordinada, aplastada por la ficción discursiva, por el significante, por la representación. El sujeto del afuera cumple su función especular de mecanismo de unificación interna en virtud de la imputación subjetivo-colectiva de un rol: dispositivo de sentido superpuesto a su facticidad y operativo con independencia de la real (in)adecuación entre significante y significado. La lógica de la representación se reproduce a otro nivel: el otro es Otro en tanto es socialmente *reconocido* que *representa* al Otro, no en tanto *sea*, como *presencia*, Otro. La representación se sostiene únicamente

el cual “todas las formas sociales o culturales estandarizadas tienen funciones positivas” (MERTON, R. K., *op. cit.*, p. 104)–, se sigue la visión criticada por Castoriadis en que “la forma está siempre al servicio del fondo, y el fondo siempre es ‘real-racional’.” (CASTORIADIS, C., *op. cit.*, p. 188).

¹⁴⁴ CASTORIADIS, C., *op. cit.*, pp. 199-200 [Destacado agregado].

en el reconocimiento intersubjetivo de su validez; pudiendo bien prescindir del ser real al que *prima facie* alude: “si los enemigos no existiesen, habría que inventarlos”¹⁴⁵, admite Clastres. Su ser singular se encuentra, por tanto, ausente. Mas de este componente ficcional que supedita su efectividad al reconocimiento colectivo de la validez de su simbolización como enemigo, en ningún caso deriva la trivialidad del mecanismo. Si estamos ante una ficción, se trata de una ficción útil¹⁴⁶, plenamente justificada por la idoneidad instrumental de esa representación de cara a la función social que el reconocimiento de la otredad cumple. Esta operación de unificación-cohesión ínsita a la violenta fundación instituyente del derecho, admite denominarse función de *integración social*.

* * *

La correlatividad entre las dos caras de la violencia instituyente del derecho, esto es, entre el *nomos* del nombrar que establece las categorías del “nosotros” y “los otros”, y el *nomos* de la (re)distribución apropiadora del territorio; puede observarse ya en las ideas que, según vimos, desarrolla Durkheim a propósito del acto de clasificar¹⁴⁷. Así lo interpreta Bourdieu:

Durkheim [...] tiene el mérito de designar explícitamente la *función social* (en el sentido del estructural-funcionalismo) del simbolismo, auténtica función política que no se reduce a la función de comunicación de los estructuralistas. *Los símbolos son los instrumentos por excelencia de la ‘integración social’*: en tanto que instrumentos de conocimiento y de comunicación [...], *hacen posible el consensus sobre el sentido del mundo*

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 73.

¹⁴⁶ Cfr. DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 118-9.

¹⁴⁷ Véase *supra*. §I.1.3.

*social, que contribuye fundamentalmente a la reproducción del orden social; la integración 'lógica' es la condición de la integración 'moral'.*¹⁴⁸

Si, como hemos sostenido, el derecho constituye un orden institucional, y un orden institucional emana de la acción colectivamente coordinada dirigida a sancionar una determinada correlación de fuerzas sociales mediante su consagración simbólica en un sistema formal dotado de reglas que definen roles y asignan funciones a los propios actores que participan en la práctica instituyente; puede ahora sostenerse que el efecto que, adoptando la naturaleza de fin o *telos* articula la acción como *función* social, es la instauración de un orden determinado y la integración de sus partícipes en torno a la comunidad política que dicho orden encierra. El *nomos* instituyente adscribe un nombre al conjunto de particulares y, en el mismo acto, fija las fronteras del espacio; articulando en virtud de la oposición simbólica con el afuera una identidad política propia que define el nosotros comunitario y, por derivación, se instancia en los individuos configurando una subjetividad correlativa al modelo instaurado. En la función de constitución del colectivo, coextensiva a su nominación o categorización como tal, subyace el mecanismo de aglutinación o cohesión de las partes que puede denominarse *integración*. Las partes se integran en el todo social en la medida en que el todo social adquiere una existencia a nivel simbólico en virtud del acto de nominación que la constituye¹⁴⁹. Son dos facetas de un mismo fenómeno: la unidad de las partes constituye el todo al tiempo que la constitución del todo unifica a las partes.

¹⁴⁸ BOURDIEU, P. 1977., *op. cit.*, p. 92 [Destacado agregado]. Que “la integración ‘lógica’ es la condición de la integración ‘moral’”, es algo que ya advertía Nietzsche: “A partir del sentimiento de estar comprometido a designar una cosa como ‘roja’, otra cosa como ‘fría’ y una tercera como ‘muda’, se despierta un movimiento moral hacia la verdad; a partir del contraste del mentiroso, en quien nadie confía y a quien todo el mundo excluye, el hombre se demuestra a sí mismo lo honesto, lo fiable y lo provechoso de la verdad.” (NIETZSCHE, F. 1873., *op. cit.*, pp. 25-6).

¹⁴⁹ La sociedad se constituye fundacionalmente en tanto las partes se integran solidariamente en el todo que la sociedad representa, esto es, en tanto –a través del acto que lo (de)nomina– se alcanza el *consensus* del que habla Bourdieu sobre el sentido del mundo social.

El Nosotros emerge en el acto de institución-integración y lo hace en virtud de un dispositivo simbólico que opera como mecanismo de representación: el derecho. Para Durkheim el derecho sirve de salvaguarda simbólica de la “consciencia colectiva”¹⁵⁰, favoreciendo y conservando los lazos de “solidaridad social” que la sostienen: es reflejo y transparente expresión institucional de esos lazos, su exterior visible¹⁵¹. Para nosotros el derecho, en su condición de realidad institucional, en efecto hace eso: consagra simbólicamente la estructura hasta cierto punto pre-existente en la realidad social; pero ostenta la capacidad de hacer algo más: no sólo la *expresa* sino también, *representándola, la crea*¹⁵².

¹⁵⁰ Sobre el concepto de “consciencia colectiva”, véase: DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 94-5.

¹⁵¹ “...la solidaridad social es un fenómeno completamente moral que, por sí mismo, no se presta a observación exacta ni, sobre todo, al cálculo. Para proceder tanto a esta clasificación como a esta comparación, es preciso, pues, sustituir el hecho interno que se nos escapa, con un hecho externo que le simbolice, y estudiar el primero a través del segundo. [...] *Ese símbolo visible es el derecho*. En efecto, allí donde la solidaridad social existe, a pesar de su carácter inmaterial, no permanece en estado de pura potencia, sino que manifiesta su presencia mediante efectos visibles.” (DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, p. 75 [Destacado agregado]).

¹⁵² Posición que, empero, no es del todo extraña a Durkheim. Durkheim admite que cuando se establece una autoridad única, un “poder director” como *representante* de la mencionada “consciencia colectiva”, éste adquiere una “carácter excepcional”: “No es ya una función social más o menos importante, es la encarnación del tipo colectivo. Participa, pues, de la autoridad que este último ejerce sobre las conciencias, y de ahí le viene su fuerza. Sólo que, *una vez que ésta se ha constituido*, sin que por eso se independice de la fuente donde mana y en que continúa alimentándose, *se convierte en un factor autónomo de la vida social, capaz de producir espontáneamente movimientos propios que no determina ninguna impulsión externa, precisamente a causa de esta supremacía que ha conquistado*. Como, por otra parte, no es más que una derivación de la fuerza que se halla inmanente en la conciencia común, tiene necesariamente las mismas propiedades y reacciona de la misma manera, aun cuando esta última no reaccione por completo al unísono. Rechaza, pues, toda fuerza antagónica como haría el alma difusa de la sociedad, aun cuando ésta no siente ese antagonismo, o no lo siente tan vivamente, es decir, que señala como crímenes actos que la hieren sin a la vez herir en el mismo grado los sentimientos colectivos. Pero de estos último recibe toda la energía que le permite crear crímenes y delitos.” (DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, p. 100 [Destacado agregado]). Pese a los matices que interpone y que abogan por una suerte de conciliación “en última instancia” entre las directrices subjetivamente articuladas en forma de derecho por parte de la autoridad política y las directrices objetivamente pre-existentes en forma de “sentimientos colectivos” en el seno de la sociedad que la autoridad representa; existe aquí un tácito mas inequívoco reconocimiento de la posibilidad de la subjetividad de autonomizarse del determinismo emanado desde la estructura social objetiva para retornar constructivamente sobre ella, esto es, de su capacidad de operar como fuerza estructurante o instituyente de modo tal que el derecho no se limite a re-producir o re-presentar una realidad pre-existente sino también pueda operar *creando* ese sustrato de realidad que hemos llamado institucional.

1.2.2. Integración social, derecho penal y norma penal

Hemos sostenido que a partir de su condición de realidad institucional la función del derecho puede verse primariamente como una función de integración social. El acto fundacional define un espacio y un nombre común y, por esa vía, establece un polo de referencia simbólico en torno al cual convergen los sujetos dando lugar a la emergencia de una comunidad política. Desde el punto de vista de la operación fáctica del derecho – que es la posición metodológica a partir de la cual ha de desentrañarse su función– el concreto contenido substantivo en virtud del cual tiene lugar el proceso de cohesión del agregado de individualidades que da paso a la comunalidad del todo social, queda en segundo plano. Lo relevante es el fenómeno de unificación que opera merced a la violenta instauración de un orden y al mecanismo simbólico que *a posteriori* re-significa dicha violencia original cubriéndola de una legitimidad discursiva que hace efectiva la constitución del derecho en el plano institucional.

Esto, como anunciamos desde un inicio, es susceptible de predicarse respecto al derecho en general en tanto caso particular de organización institucional. Toda institución alberga componentes funcional y estructuralmente equivalentes. *A fortiori* no existe ninguna esfera al interior del derecho que pueda escapar a esta función genérica que denominamos integración. Existen sin duda matices, mecanismos que en su superficie no dejan aprehenderse fácilmente como sirviendo a dicha finalidad. Pero, de un modo más o menos mediato, más o menos solapado, todo derecho opera en función de la conservación y reafirmación de la validez del modelo normativo inscrito, consagrado, objetivado y estabilizado en las reglas que componen su armazón institucional.

En esto nada difiere ni puede diferir el derecho penal. Iniciamos este capítulo desechando la hipótesis que predica a su respecto un estatus anómalo merecedor, por

tanto, de un tratamiento independiente al momento de explorar su justificación en términos de la función social que desempeña. La rechazamos poniendo en duda el aspecto medular sobre el que se articula la idea de su excepcionalidad: la violencia de la pena¹⁵³. Advertimos que la violencia es un elemento inextirpable de la operación normal de todo derecho en virtud de su condición de realidad institucional. Luego, no existe nada en el derecho penal y en la violencia que sin duda contiene y ejerce que avale la idea de que sus particularidades lo harían acreedor de un tratamiento especial y de que su anómalo recurso a la fuerza física demandaría un *plus* de legitimación en el marco de una institución que por hipótesis se plantea en oposición a toda manifestación social de violencia.

Por lo tanto, no existe diferencia cualitativa entre la función del derecho en general y aquella que socialmente se le adscribe a un específico segmento como el penal. A lo más existiría una diferencia cuantitativa¹⁵⁴ que, a nuestro juicio, no autoriza a dar aquel paso que disocia el derecho penal del resto del ordenamiento al momento de justificarlo. Se dice que hay una diferencia cuantitativa porque los valores o bienes que el derecho penal protege –criminalizando los actos que amenazan vulnerarlos– y los valores o bienes que afecta con sus sanciones, gozan de un estatus de importancia superlativa en comparación con aquellos protegidos y afectados por otras áreas del orden jurídico¹⁵⁵. Sólo los bienes dotados de una valoración social especialmente intensa se hacen merecedor de la protección penal¹⁵⁶, es decir, de su amparo mediante la asociación a su vul-

¹⁵³ Sobre la que luego volveremos: véase *infra*. §III.1.1.1.

¹⁵⁴ En el mismo sentido Bascuñán afirma que “[d]esde el punto de vista analítico, la pena es una clase especial de sanción. La diferencia es, en principio, cuantitativa. La pena es una sanción que afecta de modo particularmente intenso los derechos fundamentales del destinatario de la norma punitiva.”. Sin embargo, a su juicio y en contra del nuestro, esta intensidad da lugar “a una diferencia que desde el punto de vista de la justicia política puede considerarse cualitativa entre la pena y cualquier otra sanción”, básicamente por “la entidad del derecho fundamental afectado y la gravedad de su afectación en relación con el libre desarrollo de la personalidad del destinatario de la norma”. (BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2007. Derecho fundamentales y derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia 9 (2007): 58-9)

¹⁵⁵ De ahí la famosa caracterización de la pena propuesta por Liszt como “espada de dos filos”: protección de bienes jurídicos a través de daño de bienes jurídicos. (LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 107).

¹⁵⁶ Esto remite al llamado “principio de lesividad” o de “exclusiva protección de bienes jurídicos”, de casi universal aceptación a nivel doctrinario, estrechamente ligado a lo que se conoce como prin-

neración de un castigo que en sí mismo –y de modo correlativo (proporcional) a la gravedad de la afectación de los bienes protegidos– supone la afectación de bienes dotados también de un intenso e incontrovertido valor social¹⁵⁷.

Esta posición sería quizás válida si la especial bondad o valor a la que se alude denotará propiedades intrínsecas a la facticidad que los encarna y que es directamente salvaguardada por el derecho. Si el valor y su diferente intensidad fuesen inmanentes a ese fragmento de realidad, los dispositivos destinados a resguardarlo debiesen adaptarse a su especificidad: para la salvaguarda de objetos cualitativamente diversos correspondería el empleo de instrumentos cualitativamente heterogéneos.

cipios de “*ultima ratio*”, “subsidiaridad” y “fragmentariedad”, concebidos todos como “principios limitadores” del *ius puniendi*. Según Roxin –por poner el ejemplo que en esta materia resulta quizá el más representativo de la dogmática penal contemporánea– el cometido del derecho penal y de la pena puede entenderse como “protección subsidiaria de bienes jurídicos”: “la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho Penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema [...]. Por ello se denomina la pena como la ‘*ultima ratio* de la política social’ y se define su misión como protección *subsidiaria* de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos [...] se habla también de la naturaleza ‘fragmentaria’ del Derecho penal.” (ROXIN, C. 1994. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª ed. Madrid. Cívitas (1997). p. [§2] 65). Al respecto, véase también, entre muchos otros: BAUMANN, J., *op. cit.*, pp. 6-14; MUÑOZ CONDE, F. 1975. Introducción al derecho penal. Montevideo/Buenos Aires. B de F. (2001). pp. 105 y ss.; HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 103 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1992., *op. cit.*, pp. 267-75; BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H. 1997. Lecciones de derecho penal. Volumen I. Fundamentos del sistema penal, esquema de teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Madrid. Trotta. pp. 57-62; 63-70; MIR PUIG, S. 2003., *op. cit.*, pp. 112-24; HASSEMER, W. 2003., *op. cit.*, p. 35. En Chile, por ejemplo; GARRIDO MONTT, M. 1997. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Santiago. Jurídica de Chile (2001). pp. 40-4; POLITOFF, S.; MATUS, J. P. y RAMIREZ, C. 2004. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general. 2ª ed. Santiago. Jurídica de Chile. pp. 67-71; CURY, E. 2011. Derecho Penal. Parte General. 10ª ed. Santiago. Universidad Católica de Chile. pp. 86-9.

¹⁵⁷ Apuntando a lo que en la dogmática penal se denomina “principio de proporcionalidad” del que, a juicio de Roxin, se desprende la limitación de la potestad punitiva al rol subsidiario de exclusiva protección contra la lesión de bienes jurídicos: “Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometen tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia determinado bien jurídico.” (ROXIN, C. 1994., *op. cit.*, pp. [§2] 65-6).

Empero –como vimos al revisar la teoría de la realidad institucional y al inicio de este capítulo a propósito del concepto de “violencia”– la premisa sobre la que se cimienta esta tesis resulta insostenible. En su facticidad la realidad carece de valor; el valor o disvalor de un objeto no es algo que ostente en su superficie o albergue en una esencia interna que quepa extraer mediante el desciframiento hermenéutico de sus signos visibles. El valor (positivo o negativo) de un objeto depende exclusivamente de una operación subjetiva que desde el exterior se lo adscribe como sentido normativo. Como explicamos en la sección anterior, un mecanismo inherente a la dinámica institucional (necesario para su operación como tal) es aquel donde la arbitrariedad decisionista implícita en sus operaciones subjetivas (como aquella que le asocia a un “hecho bruto” un estatus normativo que por naturaleza le resulta ajeno) tiende *a posteriori* a borrarse mediante dispositivos de re-significación retroactiva que permiten que ese sentido *ex post* articulado se inscriba simbólicamente en la estructura interna que define al objeto en su identidad (es decir, en su “objetividad”). El valor es percibido entonces como un valor inmanente al objeto, indisolublemente ligado a su esencia. Empero, cualquier análisis que haga el ejercicio de suspender (al menos transitoriamente con fines metodológicos) nuestros intuitivos modos de aproximación a la realidad –históricamente asentados y respaldados por la fuerza del hábito–, podrá advertir que toda asociación entre objeto y valor, apodadamente admitida con cotidiana naturalidad, en rigor no es más que el contingente fruto de determinada constelación socio-cultural que en un momento histórico dado condicionó el proceso intersubjetivo que artificialmente produjo dicho vínculo merced a la adscripción de ese sentido normativo al hecho, y lo consolidó prospectivamente a través de mecanismos de objetivación idóneos: reproduciéndolo, por ejemplo, en estructuras institucionales especialmente destinadas para su preservación, como el derecho.

No hay nada, por tanto, en los distintos sustratos de realidad afectados por el crimen o la pena, que dé cuenta de un contenido normativo que les resulte intrínseco y,

de esta suerte, justifique entender que el derecho que regula su protección/afectación exhibe una naturaleza y desempeña una función que por derivación habría de diferir de las demás esferas del ordenamiento. Ese valor sin duda varía en contenido e intensidad desde una área a otra y, por cierto, resulta innegable que ciertos bienes resguardados (la intangibilidad de la vida humana, por ejemplo) y lesionados (la libertad de desplazamiento, por ejemplo) por el derecho penal poseen una valoración social en extremo intensa. Pero esto en ningún caso es expresión de un dato natural, sino de una propiedad institucionalmente (artificialmente, convencionalmente) adscrita, es decir, que emana y depende de su continuo reconocimiento social. Como hemos argumentado, es desde la plataforma de sentido normativo institucionalmente articulado desde donde puede imputarse determinado (dis)valor a un fragmento de facticidad. Y esto es válido para toda realidad institucional y, por tanto e indistintamente, para toda esfera del derecho *qua* aparato institucional.

Las diferencia entre los bienes penales y los del resto del ordenamiento, se encuentra exclusivamente fundada en la diferente importancia que socialmente se les asocia y que el derecho consagra mediante su institucionalización simbólica. Si el derecho u otra institución ostentan la capacidad de definirlo y graduarlo, se sigue que la tesis que postula la necesidad de una diferenciación cualitativa en el modo de aproximación cognoscitiva a las distintas esferas del derecho fundándose en una inexistente diferencia cualitativa entre sus respectivos objetos, no se sostiene.

* * *

Ahora, ¿cómo opera esta función de integración social que desempeñaría el derecho penal?

En su formulación clásica la noción de “integración” alude a un mecanismo de cohesión social en el marco de una concepción organicista de la sociedad como cuerpo ontológicamente unitario. Críticamente, Alcácer Guirao califica ésta como una “concepción sustancial de la colectividad”¹⁵⁸, visión que a su juicio conllevaría

...por un lado, la dependencia de los intereses y garantías del individuo respecto de las necesidades de perpetuación de la comunidad ética; por otro, una notable confusión entre Derecho y moral, en dos sentidos; en primer lugar [...] lo protegido no serán intereses esenciales y tangibles de los ciudadanos, sino el *conjunto de valores morales presentes en la comunidad*, independientemente del contenido y de la corrección de los mismos, ya que ellos plasmarán la *identidad de la comunidad ética*; en segundo lugar, dado que la misión esencial del Estado será la perpetuación y fortalecimiento de dichos valores morales, dicha misión se realizará no mediante relaciones coercitivas externas, prohibiendo acciones, sino mediante relaciones internas, fortaleciendo actitudes.¹⁵⁹

En sí misma, la comunidad posee una identidad configurada sobre un sustrato de moralidad común; comunidad ética dotada de una estatus ontológico independiente de todo acto de institucionalización jurídica. La concepción orgánica de la sociedad remite al modelo estructural-funcionalista que revisamos al inicio de la presente investigación: lo social ostenta una objetividad propia inmune al accionar humano volitivamente orientado. La operación del derecho se encuentra plenamente determinada por la moralidad inmanente a la comunidad. El derecho es la expresión refleja de esa moral común de la que pende la unidad del todo social; carece, por ende, de un rol potencialmente constructivo, instituyente o estructurante: se limita a reproducir en el plano simbólico un orden social dado *de facto* con antelación, con miras a estabilizar prospectivamente su vigencia codificando su contenido en estructuras formales dotadas de normatividad y coercitivi-

¹⁵⁸ Su crítica se basa en su lectura de la posición “comunitarista” de Hegel (ALCÁCER GUIRAO, R. 2004. Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. pp. 54-73) y aparece deliberadamente orientada a cimentar su propia propuesta “liberal” respecto a los fines del derecho penal (*Ibid.*, pp. 152 y ss.)

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 60 [Destacado agregado]

dad, esto es, dotados de la pretensión y el poder fáctico (monopolio de la violencia) de regular el (inter)actuar social.

Como señalaba Alcácer Guirao, la misión del Estado ejercida a través del derecho será la perpetuación y fortalecimiento de los valores que conforman la identidad colectiva: el derecho sirve a la conservación de la comunidad mediante su capacidad de incidir sobre la subjetividad de sus miembros logrando que se adecue homogéneamente a la “consciencia colectiva” simbólicamente condensada e instanciada en las normas de conducta que mediante el castigo se protegen. Habida cuenta de la dimensión estrictamente moralizante comprendida por la operación de reforzamiento de la ética común, el rol del derecho no se limita a exigir a los destinatarios de sus directrices la mera conformidad conductual externa, sino que opera primariamente sobre su esfera interna, fortaleciendo actitudes acordes con el *ethos* definitorio de la identidad comunitaria¹⁶⁰.

Esta caracterización de la operación de integración se remonta en lo medular a la propuesta de Durkheim:

Todo el mundo sabe, en efecto, que hay una *cohesión social cuya causa se encuentra en una cierta conformidad de todas las conciencias particulares hacia un tipo común*, que no es otro que *el tipo psíquico de la sociedad*. En esas condiciones, en efecto, no sólo todos los miembros del grupo se encuentran atraídos los unos hacia los otros porque se parecen, sino que se hallan también *ligados a lo que constituye la condición de existencia de ese tipo colectivo*, es decir, *a la sociedad que forman por su reunión*. [...] [L]a sociedad procura que sus individuos presenten todas sus semejanzas fundamentales, porque es una condición de su cohesión.¹⁶¹

¹⁶⁰ Sobre esta dimensión “moralizante” se volverá luego a propósito de lo que llamaremos “función pedagógica” de la pena. [Véase *infra*. §III.2.6.]. Véase, en contraste, la posición de Kant (KANT, I. 1785., *op. cit.*, p. 57; KANT, I. 1797., *op. cit.*, pp. 17; 23-4; 41), sobre la que cimentará el llamado “mandato de neutralidad”. Sobre éste último, véase: KINDHÄUSER, U. 1995. La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. P. 2009. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho. Lima. Ara. pp. 78-9.

¹⁶¹ DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 123-4 [Destacado agregado].

Admitir la desviación individual respecto al “tipo psíquico” colectivamente articulado, supondría desautorizar la fuerza imperativa del sustrato normativo que define la identidad sobre la que ontológicamente se sostiene la comunidad. Si, en efecto, es la estructura social en su objetividad –representada en Durkheim por la “consciencia colectiva”– la que, mediante la adscripción de cierto estatus –roles y funciones– al individuo, define la subjetividad de los actores sujetos a su determinación estructurante¹⁶²; es también cierto que de la conformidad entre el actuar social empírico y el actuar institucionalmente definido *como debido*, es decir, de la correspondencia entre la actividad de los agentes y las necesidades estructurales cuya satisfacción se obtiene mediante el desempeño de la función que se les asigna; pende la subsistencia de la estructura misma. Como señala Durkheim, si la *causa* –o condición de existencia– de la cohesión social reside en la conformidad de las conciencias particulares hacia el tipo común; dicha cohesión es al mismo tiempo la condición de existencia –o *causa*– del tipo colectivo en cuestión. Se sigue que la disconformidad entre la consciencia particular y la colectiva supone una amenaza a la vigencia de la última y, con ello, un peligro global de desestructuración o desintegración a nivel social. Este razonamiento es sintetizado por Alcácer Guirao en los siguientes términos:

...la moral colectiva es el cemento que da consistencia y cohesión a la comunidad; integrados en torno a unas convicciones comunes, los individuos de una comunidad se identifican como miembros de la misma y orientan su conducta a partir de dicha identidad. El conjunto de convicciones y valores compartidos no es, así, un mero elemento accidental de una sociedad, sino su base estructural esencial, sin la cual la sociedad no estaría en disposición de perpetuar su existencia colectiva. Por ello, acciones que manifiesten una desviación de los valores socialmente compartidos conllevan la semilla de la destrucción de la sociedad, ya que corren el riesgo de poner en duda esos valores y debilitar, con ello, la identidad de la comunidad. Dado que [...] el Estado encarna el espíritu de la comunidad, acciones inmorales para la comunidad [...] son equiparadas a

¹⁶² Sobre la relación dialéctica entre *sujeción* y *subjetivación*, véase ALTHUSSER, L., *op. cit.*, pp. 139; 148.

actos de sedición a la nación, a la comunidad. [...] [T]odo delito es concebido como un acto de infidelidad hacia esa moral colectiva. Frente a esas acciones, la sociedad tiene derecho a defenderse [...] y el Derecho penal es el medio que ha de activarse para ello. Éste adquiere, entonces, la finalidad de mantener e imponer la moral que rige en la sociedad, castigando las conductas infieles a la misma.¹⁶³

La disconformidad entre la consciencia particular y los patrones de subjetividad colectiva institucionalmente codificados pone en riesgo la permanencia del tipo psíquico que dota a la comunidad de una identidad que, como vimos, depende del reconocimiento del sustrato ético que sus normas expresan. Si la comunidad se sostiene ontológicamente en la naturaleza *común* de esa ética, la divergencia de una consciencia particular respecto a la colectiva, priva a ésta de su sustrato material y mediatamente a la sociedad de la homogeneidad subjetiva imprescindible para la conservación de su unidad. La pena emerge con la finalidad de neutralizar el peligro de desintegración social inherente al acto de insubordinación individual respecto a los preceptos que cristalizan la moralidad colectiva constitutiva de la psiquis social. Ésta opera –señala Durkheim– como “el signo que testimonia que los sentimientos colectivos son siempre colectivos, que la comunión de espíritus en una misma fe permanece intacta”; sin esta satisfacción necesaria, señala, “lo que llaman conciencia moral no podría conservarse”¹⁶⁴. El restitución de la vigencia de la consciencia colectiva se encuentra mediado por el restablecimiento de la conformidad entre ésta y las consciencias particulares; en concreto, requiere la modelación de la subjetividad individual y su re-encauzamiento en los cánones institucionales para salvaguardar así el mínimo de uniformidad que, en base a la semejanza de las partes, permite la solidaridad que cohesiona, (re)constituyéndolo continuamente, el todo social.

¹⁶³ ALCÁCER GUIRAO, R. 2004., *op. cit.*, pp. 70-1. Su argumento remite a la posición de Devlin en su polémica con Hart, y condensa la posición del primero que Hart denomina “tesis de la desintegración”. (HART. H. L. A. 1964. The enforcement of morality. *En*: The morality of the criminal law, Two lectures. pp. 37 y ss., citado en: ALCÁCER GUIRAO, R. 2004., *op. cit.* pp. 70 y ss.).

¹⁶⁴ DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, p. 127.

* * *

Tal como la revisión de la evolución histórica del derecho y del castigo que se desarrolla a su alero revelaría, el modelo en análisis aparece originalmente, en su estado –por así decirlo– más “puro”, en el marco de las denominadas “comunidades primitivas”. Indisolublemente ligado a la mitología o religión, a la vista de sus miembros el castigo opera a nivel supra-humano, trascendental. Forma parte de un procedimiento reglado –un ritual– que permite (re)establecer un nexo con la divinidad. Esta dimensión sacra adscrita al castigo responde a la dimensión sacrílega asociada al crimen: se trata de una ofensa a los dioses que se busca subsanar mediante el sacrificio como ofrenda. Desde la perspectiva de su función social, concederle esa connotación sacra a la práctica punitiva potencia significativamente su capacidad de operar como mecanismo de cohesión. Por un lado, la comunidad se entiende como un cuerpo unitario cuya existencia depende de fuerzas sobrenaturales; por otro, el crimen es crimen en tanto vulnera el orden que esas fuerzas prescriben como correcto. Se sigue que es la existencia misma de la comunidad la que se ve amenazada por el crimen y que castigarlo no es sino de modo muy secundario castigar al delincuente: es, esencialmente, un mecanismo para neutralizar el peligro de desintegración que su acción particular supone para la comunidad en sentido universal¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Se ofrece aquí una versión en extremo simplificada del modo de operar del castigo en el contexto de las denominadas “comunidades primitivas” que elude la complejidad que sin duda exhibe. Tanto este escenario como el enunciado a continuación respecto a la práctica punitiva desarrollada bajo un modelo de organización política de índole totalitario, se emplean en términos relativamente estereotipados con el único objeto de ejemplificar una concepción de la función de integración que, justamente al asociarse sistemáticamente a estos ejemplos, deviene equivalentemente estereotipada. Esta versión estereotipada de la integración articulada mediante su unilateral asociación a modelos estereotipados del castigo, impide captar su potencial explicativo de la función social del derecho y, en su seno, del castigo. Empero, tampoco cabe negar sin más la relación histórica y conceptual entre estos modelos ejemplificadores y la función integradora que tradicionalmente ejemplifican. Si pretendemos distanciarnos de esta aproximación debemos, primero, describirla; para luego hallarnos en condiciones de distinguir lo que hay de verdad en ella y lo que hay de estereotipo; y, entonces, extraer los aspectos que resultan idóneos para la reformula-

Este contenido “máximo” de la operación de integración social resurgirá con equivalente o mayor intensidad en pleno siglo XX occidental dentro de un modelo de organización política en que el Estado asume el rol de modelación coactiva de la subjetividad individual de un modo particularmente explícito e invasivo, modelo que adopta la forma de totalitarismo. Este retorno a la operación de integración en un sentido organicista presenta claras analogías con el de las comunidades primitivas con la diferencia de que la plataforma teórica que sostiene esa concepción de la sociedad pasa de tener una naturaleza mítico-religiosa a auto-concebirse como “científico-positiva”¹⁶⁶. Ahora es la “salud” del cuerpo social la que debe defenderse de la amenaza de elementos patógenos; éstos deben ser aislados, tratados y, de ser incurables, eliminados. La interpretación de la desviación respecto a los patrones de conducta socialmente establecidos es radicalizada equiparándola a una desviación de los patrones de normalidad biológica. A partir de su concepción organicista, la sociedad se entiende naturalmente dotada de un contenido ético-político sólido herméticamente definido por la autoridad y toda divergencia a nivel subjetivo respecto a dicho núcleo se concibe como “enfermedad moral”. Entonces, no sólo la conducta sino también la consciencia criminal, representan patologías sociales peligrosas que el Estado –cabeza del cuerpo social– debe curar y, si es necesario, exterminar. El extremo paradigmático de la expansión totalizante del poder estatal –de su poder en general y del punitivo en particular– por sobre la sociedad y símbolo del totalitarismo, puede identificarse en la existencia de cuerpos técnico-burocráticos institucionalmente organizados para el desarrollo e implementación de estos mecanismos de manipulación coactiva de la subjetividad de la población¹⁶⁷.

ción que hemos propuesto de la función social de integración. Para el tratamiento de la función del castigo en las comunidades primitivas en los términos sacrificiales enunciados en el texto, véase *infra*. §III.2.3.

¹⁶⁶ Véase *infra*. §III, 2.5.2. y §III, 2.6.2., lo dicho a propósito del “positivismo criminológico”.

¹⁶⁷ De esta suerte, para Bustos el positivismo habría servido de discurso de legitimación del intervencionismo que culmina en un retorno al Estado absoluto en la forma ahora de Estado fascista y nazi: “La teoría de la defensa social, como una teoría con pretensiones científicas y sociológicas, es la nueva ideología del control del intervencionismo, justamente para someter a toda otra ideología. [...] [E]l Estado, sobre la base de lo científico, lo racional y lo técnico, construye un conjunto de mecanismos que encu-

Si bien lo anterior cabe juzgarse una intromisión ilegítima e inadmisibles, debe advertirse que, desde el punto de vista de una aproximación externa, no hay nada en el concepto de castigo ni en la función de integración que le asignamos al derecho penal que por principio o conceptualmente excluya la posibilidad de que reciba este uso *prima facie* ilegítimo. Esto confirma la necesidad de deslindar analíticamente los juicios fácticos sobre su función –guiados, como tales, por un imperativo de eficacia o racionalidad instrumental– de los juicios normativos respecto a su legitimidad –guiados por una pretensión de validez–: al afirmar que el derecho penal cumple una función de integración no hacemos más que ofrecer una caracterización formal de su modo de operar, esto es, identificar un mecanismo que funciona (o no) con independencia de la (i)legitimidad del contenido de las normas con que lo hace –salvo y en la medida en que ese contenido afecte la efectividad de su función¹⁶⁸–. Por lo tanto, si consideramos ilegítimo que el castigo se utilice con la finalidad de manipular la consciencia de los ciudadanos y juzgamos, en cambio, que en el plano subjetivo el derecho penal –y el derecho en general– puede *aspirar* a obtener desde la esfera motivacional una actitud de fidelidad a sus normas, pero a nivel de *imposición* coactiva –a través del castigo, por ejemplo– debe limitarse a exigir la conformidad externa de la conducta de sus destinatarios¹⁶⁹; no puede esperarse que esta restricción emane directamente de la función que se le asigne o se encuentre garantizada por el sólo hecho de dotarla de una definición que discursivamen-

bren la realidad política e ideologizante de sus funciones. [...] No es de extrañar, pues, que con el positivismo se radicalice el control, sobre la base de la división científica y sociológica de la existencia de hombres no peligrosos (normales) y peligrosos (anormales); luego se trata de defender la sociedad de estos seres peligrosos –a los que hay que resocializar o inocuizar–...” (BUSTOS RAMÍREZ, J. 1983. Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología. En: BERGALLI, R. y BUSTOS, J. (Dir.). 1983. El pensamiento criminológico. Vol. II. Estado y control. Bogotá. Temis. p. 17). Sobre la criminología positivista como discurso científico sobre el que se articula la patologización del delincuente, y sobre el modo en que el criterio de (a)normalidad se transmite a la “ideología de la defensa social” (reformulando el criterio psico-biológico en términos normativo-morales), véase: Baratta (BARATTA, A. 1982., *op. cit.*, pp. 21-34; en particular: pp. 31-4 y pp. 35-43, respectivamente). Véase *infra*. §III, 2.5.2. y §III, 2.6.2

¹⁶⁸ “La fuerza socialmente integradora del derecho sólo puede desplegarse [...] si al seguimiento fáctico de las normas, garantizado mediante su reforzamiento sancionatorio, se asocia legitimidad.” (KINDHÄUSER, U. 1995., *op. cit.*, p. 97).

¹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 78-9.

te excluya el empleo que desaprobamos. La proscripción de la injerencia del aparato punitivo en la esfera interior de los ciudadanos –el denominado “mandato de neutralidad”¹⁷⁰– no deriva de una correcta caracterización de la función de integración –que en sí misma no lo excluye ni puede hacerlo– sino de una correcta determinación del contenido de las normas sobre las que la integración opera. El peligro totalitario está siempre latente en la operación fáctica del castigo. El modo de neutralizarlo debe buscarse no en un exterior descriptivo, sino en base al juicio interno que define las esferas sobre las que el derecho penal se encuentra facultado para ejercer esa función con legitimidad. En otras palabras, la integración como tal carece de la capacidad de regular o controlar el específico contenido de las normas en torno a cuyo sentido simbólicamente consagrado convergen, integrándose, los miembros del colectivo. A este nivel no existen, por tanto, garantías contra el peligro de que su operación invada la subjetividad de modo tan intenso como en aquel modelo histórico que hoy en día se nos muestra de suyo inadmisibles.

* * *

¹⁷⁰ Esta idea remite a Kant: “solo puede llamarse derecho *estricto* (restringido) al derecho completamente externo. Sin duda este se fundamenta en la conciencia de la obligación de cada uno según la ley; pero, para determinar el arbitrio conforme a ella, ni le es lícito, ni puede, si es que debe ser puro, recurrir a la conciencia como móvil, sino que se apoya por tanto en el principio de la posibilidad de una coacción exterior, que puede coexistir con la libertad de cada uno según leyes universales.” (KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. 41 [Destacado original]). En otras palabras, el derecho ha de mantenerse *neutral* frente a los motivos que determinan su observancia. Como señala Kindhäuser, de acuerdo al mandato de neutralidad “sólo la legalidad –el comportamiento externo conforme a la ley– puede y debe ser obtenida mediante coacción, mientras que las razones para el seguimiento de la norma deben dejarse al arbitrio de cada cual.” (KINDHÄUSER, U. 1995., *op. cit.*, p. 78). Esto supone para Kant una diferencia fundamental entre el actuar correcto en el ámbito del derecho y la conducta virtuosa en el plano de la ética: “en aquello que debe ser moralmente bueno, no basta con que se *conforme* a la ley moral, sino que también ha de suceder *por mor de la misma...*” (KANT, I. 1785., *op. cit.*, p. 57 [Destacado original]). Véase: KANT, I. 1797., *op. cit.*, pp. 17; 23-4; y HÖFFE, O. 1983. Immanuel Kant. Barcelona. Herder (1986). pp. 198-202.

Si la función de integración que cabe asociar al derecho en general y al penal en particular se encontrara inexorablemente ligada a la concepción organicista de la sociedad en que ésta aparece como entidad ontológicamente autónoma, dotada de plena objetividad y regida por leyes ajenas a la voluntad de los agentes que la conforman; resultaría del todo incompatible con nuestra propuesta de concebir el derecho como una realidad construida merced a un proceso intersubjetivo de institucionalización. Un modelo organicista de lo social entronca con la aproximación que rebaja el rol del derecho al de un mero reflejo superestructural de la estructura social objetivamente pre-constituida y define la función de instrumentos jurídicos como la pena de acuerdo a su capacidad de satisfacer las necesidades invariables que en su devenir natural el organismo social formula.

Este no es, por ende, el sentido en que nosotros adoptamos el concepto de integración social¹⁷¹. Nuestro empleo del término, según vimos, lo incorpora dentro de lo que hemos denominado operación instituyente; le adscribe, por tanto, un poder constituyente que opera a través de la violencia fundadora de derecho: en el acto de nominación

¹⁷¹ Que ciertamente difiere también de la noción de integración ligada al funcionalismo sociológico (*integración funcional*). En la medida en que nuestra propuesta señala la dimensión instituyente como eje de la operación en virtud de la cual se constituye/cohesiona (integra) la comunidad política, e incorpora el insustituible rol de la subjetividad en dicho proceso, nuestro concepto se distingue de la integración funcional-funcionalista donde ésta opera de acuerdo a una dinámica objetiva que prescinde de la voluntad de los partícipes (es decir, opera “sistémicamente”). En esto compartimos la posición de Berger y Luckmann: el concepto de integración funcional “presupone que la ‘integración’ de una sociedad puede ser determinada por un observador externo que investigue el funcionamiento exterior de las instituciones de la sociedad. Sostendríamos, en cambio, que las ‘funciones’ como las ‘disfunciones’ pueden analizarse únicamente por vía del nivel de significado. Consecuentemente, la ‘integración funcional’ [...] significa la integración del orden institucional por vía de diversos procesos legitimadores. En otras palabras, la integración no descansa en las instituciones sino en su legitimación. Esto implica, en oposición a lo estructural-funcionalista, que un orden institucional no puede entenderse adecuadamente como sistema.” (BERGER, P. L. y LUCKMANN, T. *op. cit.* pp. 105-6 [Destacado original suprimido]). Ahora, si bien esa aproximación funcionalista-sistémica a la noción de integración social aquí no será desarrollada, cabe advertir que la divergencia entre la terminología empleado por esa teoría y nuestro aparato conceptual, no redundaría necesariamente en divergencias de equivalente relevancia en el contenido. Al momento de revisar el modelo de justificación funcional de la pena que desde este prisma teórico la caracteriza como mecanismo de estabilización sistémica de las expectativas normativas institucionalizadas en las normas jurídico-penales, podrá observarse cómo en gran medida tras las diferencias terminológicas subyacen correspondencias substantivas. Véase *infra*. §III.2.7.

simbólica característico de la instauración de un orden, el conglomerado de subjetividades particulares que lo protagoniza se *integra* en un colectivo que adquiere unidad (política) y, con ello, emerge en un sustrato de realidad distinta. Sólo entonces la comunidad adquiere existencia como realidad institucional y subsiste en la medida en que el subjetivo reconocimiento de la validez de su estatus se mantenga y reproduzca.

Puede sostenerse que el derecho penal, en tanto segmento de derecho en este aspecto cualitativamente indistinguible de la dinámica que define a todo orden institucional, ha de cumplir idéntica función de integración, sin retornar con ello a la concepción organicista de lo social con que se la asocia. Creemos que esto es posible, y que la caracterización original en términos de una “moral colectiva” o “comunidad ética” admite reformularse de un modo congruente con nuestra posición respecto a la función social del aparato penal.

Según vimos, en el planteamiento tradicional sobre la pena como mecanismo de integración, la comunidad aparece como comunidad *ética*. El derecho opera sobre la base de esa moral colectiva: la recoge y consagra institucionalmente para salvaguardar su vigencia invistiéndola simbólicamente del estatus de derecho. La investidura simbólica opera tal como revisamos lo hace el ritual que establece una frontera: el segmento de moral social jurídicamente reconocido mediante su incorporación sacralizante en las estructuras institucionales, erige hacia el interior de la sociedad una identidad sostenida mediante la correlativa exclusión de la moral no-reconocida por sus categorías y discursivamente desplazada hacia un afuera; hacia lo Otro foráneo que amenaza el Nosotros y resulta, de esta suerte, *inmoralizado*. La violencia punitiva pierde su sentido *prima facie* inmoral en la medida en que su *formalización* supone su conversión discursiva en expresión de la moral colectiva que define la identidad del todo social del que pende la existencia de la comunidad.

Como señala Girard, es posible entender un orden (cultural o social) como un “sistema organizado de diferencias”: la identidad individual del yo sólo puede constituir-

se en el marco de una relación de distancia diferencial respecto al otro¹⁷². Ahora bien, esta diferenciación intersubjetiva como pre-condición para la configuración de la identidad individual no se encuentra librada a la espontánea interacción de los particulares, sino estructuralmente determinada por el aparato institucional que consagra, define e impone las diferencias a partir de las cuales esa identidad diferencial se constituye a nivel individual. Por lo tanto, la identidad particular emana de la posición diferencial que le es estructuralmente adscrita al individuo de este modo subjetivado. Esta subjetivación debe entenderse emanación de la subjetividad colectiva, la que, por su parte, se articula merced a la misma mecánica de oposición-diferenciación: tal como para el individuo su identidad unitaria depende de su distinción con el otro, la identidad colectiva de la que pende ontológicamente la existencia de una comunidad instituida¹⁷³ se afirma como diferencia; como vimos señala Clastres, la voluntad del Nosotros de perseverar en su ser indiviso demanda la representación discursiva de una relación de hostil oposición hacia el Otro: “para existir en la indivisión necesita de la figura del Enemigo, en la cual puede leer la imagen unitaria de su ser social”¹⁷⁴.

Lo que el derecho hace es consagrar y proteger una moral común: el Nosotros definido por el sustrato de eticidad compartido y percibido como propio en virtud de la subjetivación especular articulada en simbólica oposición al Otro significado como amenazante negación. La consagración institucional de esa *ética* común da paso a una *comunidad ética*. Cuando esa comunidad ética recibe traducción formal a nivel institucional, tiene lugar el proceso de adscripción estructural de roles que definen la identidad diferencial de los sujetos. Con ello opera el fenómeno de desacoplamiento reificante entre la voluntad instituyente y la instituida; es decir, entre la subjetividad *presente* en el acto instituyente y la subjetividad-objetivada que se *re-presenta* en la realidad instituida.

¹⁷² GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 56.

¹⁷³ Y, como vimos señala Balibar, *toda comunidad es tanto instituida*. (BALIBAR, E., *op. cit.*, p. 145).

¹⁷⁴ CLASTRES, P., *op. cit.*, p. 75.

La *ética* en su contenido real, efectivo, material, pierde protagonismo; lo relevante ahora es que sea *común*; o, incluso, no que *de hecho sea* común, sino que en el plano discursivo opere como imagen de lo común sobre la cual articular simbólicamente una *comunidad*. Lo relevante es su potencialidad de operar como dispositivo de cohesión; punto de convergencia que, mediante el recíproco reconocimiento de las identidades individuales en la identidad colectiva, contribuya a la estabilidad del orden que simboliza, es decir, a la subsistencia del todo *representado como* comunidad.

La institución de la comunidad mediante la construcción de una identidad colectiva en oposición diferencial al exterior, supone la correlativa organización interna del sistema de distancias diferenciales que llamamos *estructura social*, a través de la cual se definen las identidades individuales mediante la adscripción institucional de estatus, roles y funciones.

Antes sostuvimos que el derecho no se opone a la violencia como tal, sino a la violencia en tanto *informe*. Aquí sostenemos exactamente lo mismo. El derecho y el derecho penal no se oponen a la *diferencia* como tal. Postularlo carecería de sentido toda vez que lo que una estructura social hace es definir posiciones diferenciales al interior de una sociedad, y a lo que el derecho –dispositivo institucional superpuesto a esa facticidad– apunta es precisamente a consagrar-reificar dichas diferencias. Por tanto, a lo que el derecho se opone no es a las diferencias *tout court*, sino a las diferencias no reconocidas por el propio derecho; a las diferencias *informes* que, de esta suerte, adoptan el estatus de *violencia* –en nuestro caso: de “delito”–. En palabras de Girard, lo que amenaza al derecho *no es*

...la diferencia en el seno del sistema, sino la diferencia en el exterior y al margen del sistema, la posibilidad para el sistema de diferir de su propia diferencia. En otras palabras, de no diferir en absoluto, de dejar de existir en tanto que sistema.¹⁷⁵

¹⁷⁵ GIRARD, R. 1982. El chivo expiatorio. Barcelona. Anagrama (1986). p 32.

No es, por tanto, la diferenciación lo que rechaza el derecho, sino aquella que tiene lugar en transgresión de los criterios de diferenciación jurídicamente institucionalizados. Esto en la medida en que su desconocimiento desafía el poder del derecho de definir autoritativa e incontrovertidamente los patrones de diferenciación interna. Al ponerlo en tela de juicio, el delito amenaza su capacidad de garantizar *de facto* la estructura social que consagra; la vulneración de sus directrices de diferenciación cuestiona su poder diferenciador y, con ello, anticipa un peligroso (caótico) estado de *indiferenciación* o, lo que es lo mismo, de *desintegración*. El castigo –como más adelante veremos– apunta a neutralizar el peligro de indiferenciación mediante la imposición de las diferencias institucionalizadas, esto es, mediante una violencia dirigida a la implantación conservadora de las formas jurídicas.

* * *

La intervención del derecho y del derecho penal sobre la subjetividad es, hasta cierto punto, necesaria y, por ende, inextirpable. Suponer que no es así, pensar que, dotando al derecho de una organización ideal, ese efecto podría evitarse y que el mentado “mandato de neutralidad” podría ser más que un principio regulativo –que dirige la acción sin alcanzar nunca plena materialización–; resulta, a nuestro juicio, ingenuo o, en todo caso, incorrecto: oculta la irreductible dimensión ético-política que subyace al derecho y, con ello, el componente pedagógico o moralizante implícito en la operación de sus instrumentos (tal como, según veremos, es el caso de la pena¹⁷⁶).

¹⁷⁶ Véase *infra*. §III.2.6.; §III.3.3.

Propio del modo en que el derecho opera como aparato de integración es que desempeñe un rol de modelación coactiva de la subjetividad a través de la imposición de los patrones de normalidad codificados en sus preceptos: la identidad de la comunidad debe, para mantenerse, instanciarse a nivel de los sujetos que la integran, introduciendo en ellos una representación de sí mismos acorde con el modelo normativo de subjetividad configurado a partir de la operación en que el orden social se erige como derecho. La identidad de los individuos debe proceder de su identificación con la identidad social. Al derecho corresponde mantener el puente simbólico a través del cual esa concordancia se establece, puede continuamente corroborarse y, de ser necesario, re-establecerse.

Si la intervención del derecho sobre la subjetividad de sus destinatarios no puede ser suprimida, el modo, la intensidad y el contenido sobre el que interviene; son en cambio factores que no dependen de la mecánica formal de integración que hemos descrito. Son, por consiguiente, elementos plenamente susceptibles de someterse al control y a la deliberada articulación de los sujetos que participan en el proceso. Si son factores que no dependen de la integración como tal, si dependen del proceso de institucionalización o instauración del derecho cuyo objetivo es la integración de la sociedad. La legitimidad de la integración *qua* función perseguida en la institucionalización es una legitimidad derivada: depende de la legitimidad del proceso en virtud del cual tiene lugar la operación instituyente.

Como vimos en el capítulo anterior, consecuencia necesaria de la objetivación institucional de una estructura social es que los patrones simbólicamente consagrados operen luego de modo reificado, esto es, se presenten como modelos dotados de facticidad y sean percibidos por sus destinatarios como imposiciones externas, heterónomas. Sin embargo, como también señalamos, esta propensión hacia la reificación, siendo ineluctable, se presenta en magnitudes variables. Si un mínimo de reificación es inevitable en tanto emana de rasgos estructurales a la dinámica instituyente –para emerger, la institución debe adquirir autonomía relativa respecto a la subjetividad instituyente–, el

modo en que de hecho se manifiesta se define en el marco de un espectro de intensidad graduable, en principio, susceptible de control por parte de la colectividad que protagoniza el proceso. Como señala Castoriadis:

Nada de lo que pertenece propiamente al simbolismo impone indefectiblemente la dominación de un simbolismo autonomizado de las instituciones sobre la vida social; nada, en el simbolismo institucional mismo, excluye su uso lúcido por la sociedad –entendiendo aquí también que no es posible concebir unas instituciones que vedan ‘por construcción’, ‘mecánicamente’, la servidumbre de la sociedad a su simbolismo.¹⁷⁷

La intensidad con que la realidad institucional se encuentre *de facto* dissociada de la fuerza instituyente que *prima facie re-presenta*, depende directamente del modo en que el proceso instituyente se lleve a cabo. De la legitimidad de esa operación pende la legitimidad del contenido normativo a partir del cual se desarrolla la función de integración con el componente de intervención normalizadora de la subjetividad individual que vimos comporta¹⁷⁸.

Ahora, como contrapartida de estos riesgos, cabe reconocer que bajo determinadas condiciones la (violenta) *heteronomía* que sin duda exhibe el derecho y, por extensión, el castigo, puede ser interpretada como la fase ulterior de un proceso que se inicia como su opuesto, es decir, como ejercicio de *autonomía*. En términos por necesidad muy vagos, pueden enunciarse ciertas condiciones que resultarían idóneas para que este giro tenga lugar, y aquel “uso lúcido” del simbolismo del que hablaba Castoriadis se dé en la institución del derecho y el derecho penal. Para que ello ocurra debe poder sostenerse

¹⁷⁷ CASTORIADIS, C., *op. cit.*, p. 202.

¹⁷⁸ En este sentido véase, entre otros: HABERMAS, J. 1973. Acerca de la lógica de los problemas de legitimación. En: HABERMAS, J. 1999. Problemas de legitimación del capitalismo tardío. Madrid. Cátedra. pp. 161-234.; HABERMAS, J. 1987. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? *Doxa* 5 (1988): 21-45. Y, aplicado al derecho penal: KINDHÄUSER, U. 1989. Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. P. 2009., *op. cit.*, pp. 18-36; KINDHÄUSER, U. 1995. *op. cit.* pp. 90 y ss.; KINDHÄUSER, U. 2006. Retribución de culpabilidad y pena. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. P. 2009., *op. cit.*, pp. 157-67.

que: (a) el derecho es una construcción humana; (b) su instauración expresa la voluntad de sus creadores de establecer una determinada forma de orden social como la correcta y estabilizarla en el tiempo; y (c) sus concretas normas son fruto de una decisión deliberada en que sus autores optan por constituirse a sí mismos en sus destinatarios y obligarse por ellas en el futuro. En un escenario idealmente organizado de este modo, bien podría afirmarse que la operación de integración situada en la fase instituyente agrega a la mecánica heterónoma que incuestionablemente presenta el derecho penal instituido, una dimensión que admite entenderse como ejercicio de autonomía o autodeterminación política. Esas condiciones son sin duda contingentes y su presencia cobra relevancia principalmente no a nivel de su operación fáctica sino, como dijimos, de su validez interna. Si las mencionamos aquí es porque la función de integración como mecanismo formal –que, como tal, opera con independencia del contenido material integrado y, por tanto, de su (i)legitimidad– ofrece una caracterización que, además de reflejar adecuadamente la facticidad del derecho penal, es susceptible de acoplarse coherentemente con la dimensión de validez y, en particular, con un modelo de justificación normativa emanado de una organización socio-política acorde a las condiciones recién enunciadas.

* * *

Discernir la función del derecho exige preguntarse por los instrumentos que mediatizan su operar. En el caso del derecho penal, las herramientas de que se sirve de cara a la consecución del objetivo que lo define funcionalmente son principalmente la norma y pena. Consideramos puede asignarse a la *norma* un rol prioritariamente ligado a la función de *integración* que encabeza el derecho penal; mientras que la *pena* admite insertarse en su operación subordinada de *control social*.

Por tanto, pese a alejarse de nuestro concreto objeto de estudio, cabe incluir una referencia al menos tangencial a la función de la norma jurídico-penal como instrumento inmediatamente orientado a lograr el efecto de integración social. Por lo demás, ya a nivel intuitivo, frente a la pregunta por el modo en que el derecho cumple su función parece inexcusable considerar la participación de las normas que lo componen. El análisis de la función social de un segmento del derecho –el penal– se encuentra *a fortiori* sometido a la misma exigencia y debe detenerse a observar el rol que juegan sus reglas como dispositivos instrumentalmente confeccionados para su cumplimiento.

En el acto fundacional el orden socio-político se constituye autodefiniéndose a través de la institucionalización del núcleo de lo juzgado substantivamente (ético-políticamente) correcto y su consiguiente expresión formalizada como derecho. La operación de integración se inicia en el plano discursivo: el proceso instituyente consagra simbólicamente un modelo normativo con objeto de estabilizar su vigencia a lo largo del tiempo. Para proyectarse hacia el futuro, el orden institucional debe afirmar la validez general de su contenido frente a todo acto particular cuyo sentido lo transgreda. Ahora, en la medida en que la sola comunicación de su validez resulta insuficiente para garantizar su efectiva vigencia, se torna imprescindible contar con dispositivos que pavimenten el tránsito desde el ámbito discursivo en que el mensaje se emite hacia la esfera práctica sobre la que el contenido declarado pretende obtener fáctica encarnación.

Como se vio en el capítulo precedente, la inscripción de la voluntad subjetiva externalizada en una estructura objetiva, demanda la formalización de la primera voluntad particular y, con ello, su traducción a un lenguaje que, desligándose de la singular realidad material que le dio origen, pretende validez y aplicabilidad general y se expresa por lo mismo en términos universales. Ahora, si ese proceso se desarrolla con miras a la ulterior capacidad de los patrones objetivados de incidir fácticamente sobre el modo de organizar la convivencia común, a ese proceso de universalización –asociado a la apropiación e inmanentización institucional del sustrato de valor compartido– ha de seguirlo

un proceso inverso de retorno particularizador. Resulta, por ende, necesario que el contenido altamente abstracto de los principios fundacionales –cuya abstracción resulta inevitable si es que se pretenden realmente *comunes*¹⁷⁹– sufra un proceso de particularización que lo dote de la suficiente concreción para permitir su directa aplicación sobre la realidad social que busca regular.

Esta particularización tiene lugar a través de *normas jurídicas* donde los modelos generales se instancian y expresan en directivas de conducta específicas¹⁸⁰. A nuestro juicio, la norma pueden entenderse como un artefacto técnico institucionalmente construido para obtener un específico resultado: que sus destinatarios determinen su actuar de conformidad a aquel que el enunciado describe como obligatorio –es decir, que el enunciado *prescribe*–. La (re)afirmación de su validez substantiva aparece mediada por la (re)afirmación de su validez formal como derecho. Si, junto con predicar que es un precepto materialmente correcto en tanto manifestación del núcleo normativo de la comunidad, se afirma su validez propiamente jurídica, se declara que estamos ante una regla fácticamente vinculante, obligatoria. La operación declarativa –“este comporta-

¹⁷⁹ A propósito de las cláusulas constitucionales usualmente calificadas como “vagas”, Dworkin propone distinguir entre *conceptos* y *concepciones*: “Cuando apelo al concepto de equidad, apelo a lo que significa equidad, y no doy especial importancia a mis opiniones al respecto. Cuando formulo una concepción de equidad, especifico lo que yo entiendo por equidad y, por consiguiente, mi opinión es lo esencial del asunto. Cuando apelo a la equidad, planteo un problema moral; cuando formulo mi concepción de equidad, intento resolverlo.” (DWORKIN, R. 1999. Los casos constitucionales. En: DWORKIN, R. 1999. Los derechos en serio. Barcelona. Ariel. p: 215). De acuerdo a Schauer, “no se trata de que estos conceptos carezcan de todo contenido; se trata de que *toda* aplicación, toda concretización, toda instanciación, requiere la adición de premisas suplementarias para aplicar el término general a los casos específicos.” (SCHAUER, F. 1988. Formalism. The Yale Law Journal 97(4): 514 [Destacado original] [Traducción propia]). A nivel de lo que llamamos operación instituyente, el recurso a *conceptos* resulta ineludible; como señala Atria, “una comunidad política se define por el consenso sobre los conceptos” (ATRIA, F., *op. cit.*, p. 331). Sin embargo, en sí mismo un *concepto* –por ejemplo, el concepto de “justicia”– es intrínsecamente inhábil para dirimir un conflicto porque carece de aplicabilidad práctica sin la previa especificación de su contenido, esto es, sin antes adoptar la forma de una norma jurídica y expresar entonces una determinada *concepción*. El derecho instituido demanda, por ende, operar con concepciones: particularizaciones de los conceptos fundacionales codificadas en normas.

¹⁸⁰ Particularización, no obstante, aún incompleta. Resta el tránsito aplicativo desde la proposición normativa enunciada en términos universales hacia la realidad práctica del caso que pretende resolver. Este último paso será revisado a continuación a propósito de la violencia conservadora del derecho. Véase *infra*. §II.1.3.

miento *es* el correcto”— alberga una dimensión prescriptiva —“de este modo *debes* comportarte”—. Por esta vía la *integración simbólica* mediada por su pretensión de dirigir el comportamiento colectivo transita hacia la *integración social*.

En la medida en que esta fuerza coactiva de la norma reposa parcialmente en su sola condición formal de pertenecer al orden del derecho, es decir, en tanto su obligatoriedad no está supeditada a la previa verificación de parte del destinatario de la correspondencia entre su contenido y aquel que él, en tanto destinatario y virtual autor de la regla que se le aplica, juzga válido¹⁸¹, se revela que en el operar de toda norma jurídica subsiste un componente de violencia que será revisado luego a propósito de la operación del derecho instituido¹⁸².

Aquí interesa observar que la pretensión del derecho de obtener obediencia a sus prescripciones por el sólo hecho de poder reconducirse, como expresión de su voluntad, a la autoridad que detenta el monopolio de la violencia; debe comprenderse en el marco antes descrito según el cual lo que amenaza al Estado y justifica su genérica proscripción del ejercicio privado de la violencia no es más que su pretensión de conservar su uso como su exclusiva y excluyente prerrogativa. Se proscribe la violencia no en tanto violencia sino en tanto informe. Lo que al derecho interesa en el caso de las normas es que su obediencia responda al rasgo puramente formal de que éstas forman parte del ordenamiento. Pero esta descripción, siendo acertada, se concentra sólo en la operación de afirmación auto-referencial del derecho. En la práctica esa auto-referencialidad no se desarrolla en el vacío (formal) sino respecto a un concreto y específico contenido (material): aquel que en virtud de la mecánica instituyente se consagró en forma de derecho como representación simbólica del núcleo de sentido normativo capaz de integrar a las

¹⁸¹ Véase, entre otros, HOBBS, T., *op. cit.*, p. [§25] 209; KANT, I. 1797., *op. cit.*, pp. 149-50; 216-9; WEBER, M. 1956., *op. cit.*, p. 172; DERRIDA, J. 1989., *op. cit.*, p. 29 (en referencia a Montaigne); RAZ, J. 1975., *op. cit.*, p. 73; HART, H. L. A. 1982., *op. cit.* (en referencia a Bentham); y ATRIA, F., *op. cit.*, p. 322.

¹⁸² Véase *infra*. §II, 1.3.

partes en el todo social que de ese modo se constituye. También el elemento coactivo implícito en la exigencia de obediencia al derecho por el sólo hecho de ser derecho –que a continuación revisaremos– remite a un sustrato normativo: primero, al valor social asociado al hecho de lograr una obediencia universal a las prescripciones jurídicas; y segundo, al específico valor que subyace a la pauta de conducta codificada en la concreta norma¹⁸³.

Por lo tanto, si las normas buscan dirigir la conducta, ello responde a una finalidad que trasciende la inmediata obtención práctica de ese efecto imperativo en la forma de un comportamiento externo acorde a derecho. El rol directivo de las normas debe entenderse en relación con la función mediata que otorga sentido a esa pretensión regulativa y que supone una directa remisión al núcleo normativo inherente al estado de cosas socialmente valorado y consecuentemente institucionalizado. La función directiva adquiere sentido y justificación en tanto el contenido prescrito expresa cánones de corrección substantiva –justicia– que se ha decidido institucionalizar a través del derecho con miras a su implantación y/o conservación.

Usualmente ese estado de cosas se engloba bajo la denominación “bien jurídico”, para sostener luego que la finalidad del derecho penal consiste en la “protección de bienes jurídicos”. Empero, desde el punto de vista de la facticidad, esa “función” se muestra del todo insuficiente. Si por protección de bienes jurídicos se alude al efecto inmediato perseguido por una norma que prescribe abstenerse de actuar del modo que se juzga lo lesiona, denota algo tan evidente como superfluo¹⁸⁴. Frente a ello cabría preguntar: ¿qué función cumple la función de protección de bienes jurídicos? Entonces se constata que la protección inmediata de un concreto estado de cosas –rol que obviamente cumple la norma– equivale a la protección del “bien” que a través de la norma penal adquiere el

¹⁸³ Véase *infra*. §III, 2.6.1.

¹⁸⁴ Se volverá sobre el tema al momento de analizar la función preventiva que se asocia a la pena y que nosotros desglosaremos en una vertiente de inhibición comunicativa y una de inhibición fáctica. Véase *infra*. §III.2.5.

estatus de “jurídico”, es decir, equivale a la mediata protección y reafirmación de la vigencia y vinculatoriedad del conjunto de valores que definen normativamente a la sociedad a través de la directa salvaguarda de sus manifestaciones particulares instanciadas en las normas en forma de “bienes jurídicos”. A esta función la hemos denominado integración. Esto permitiría concluir que la norma jurídico-penal puede entenderse instrumentalmente justificada en tanto sirve a la finalidad que valida funcionalmente al derecho penal, esto es, en calidad de herramienta de integración social¹⁸⁵.

Al delinearse con precisión los contornos del comportamiento jurídicamente exigido a través de normas, se torna más probable que incidan motivacionalmente sobre sus destinatarios y éstos adecuen su actuar a los cauces institucionalmente definidos, pero nada lo asegura. Si la observancia de las normas –función inmediatamente directiva– y del orden institucional que las crea –función mediatamente integradora– ha de garantizarse, se requieren mecanismos adicionales aptos para estabilizar fácticamente su validez general frente a todo acto particular que las transgreda. Emergen aquí los dispositivos que, acoplados a la norma desde el exterior, buscan maximizar la eficacia de su fuerza prescriptiva en virtud de una operación explícitamente coactiva: transitamos hacia la función de control social en cuyo interior se encuentra la pena.

Consecuencia de lo anterior es que sólo el interés por conservar el núcleo de valor sobre el que opera la función integradora puede justificar el enlace de una sanción a supuestos de hecho que violen el imperativo conductual orientado a conservarlo. La pena y, por consiguiente, la norma (secundaria) de sanción que la estipula, asumen una posición subordinada: su función es reforzar el poder coactivo de la norma (primaria) de

¹⁸⁵ Como, en la línea argumentativa de Durkheim, señala Hassemer: “los diversos grupos se identifican, antes que por cualquier otra cosa, por las normas sociales que existen y tienen validez entre ellos. Este aspecto es lo que precisamente marca la diferencia entre los diversos grupos. [...] Las normas son entonces la pauta que nos separa y distingue de otros, pero también el lazo que nos mantiene unidos, seguros y fuertes. Las infracciones a las normas son una amenaza en contra de la unión del grupo. Esta amenaza se dirige hacia el interior de nuestra conciencia como esencia de nuestra socialización y por ello merece nuestra máxima atención. Luego las infracciones a la norma obtienen también sanciones.” (HASSEMER, W. 2003., *op. cit.*, pp. 19-20).

conducta maximizando en lo inmediato su eficacia imperativa y en lo mediato la materialización del fin de integración que la justifica. Y esta relación de subordinación no es sino expresión de aquella existente a nivel global entre la función primaria de integración y la función de control social que, a través de mecanismos como la pena, garantiza o favorece la eficacia de la integración.

A nivel de teoría de las normas, este predominio de la función de integración se traduce en la prioridad de la *función* directiva de las normas de comportamiento¹⁸⁶, con sus respectivos correlatos en el plano de la *estructura* en que se formulan (imperativa), su *rol* (dirección), sus *destinatarios* (norma primaria) y su *objeto* (conducta). Por su parte, de la posición subordinada de la función de control social, deriva el estatus dependiente de la *función* adscriptiva de las normas de sanción, con sus consecuencias en el plano de la *estructura* de su enunciado (hipotética), su *rol* (valoración), sus *destinatarios* (norma secundaria) y su *objeto* (sanción)¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Sobre la distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción: HRUSCHKA, J. 1991. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. Anuario de Derecho Penal III (1994): 342-356.; BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2007. *op. cit.*: 54-9; KINDHÄUSER, U. 2008. Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal. En: KINDHÄUSER, U. 2008. Teoría de las normas y sistemática del delito. Lima. Ara. p. 18; MAÑALICH, J. P. 2010b. Norma e imputación como categorías del hecho punible. Revista de Estudios de la Justicia 12 (2010): 166-170.

¹⁸⁷ Sobre la teoría de las normas jurídico-penales en general, véase por ejemplo: MUÑOZ CONDE, F. 1975., *op. cit.*, pp. 39 y ss.; MIR PUIG, S. 2003., *op. cit.*, pp. 19 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1992., *op. cit.*, p. 311; y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2003. Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría las normas. En: SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2003. Normas y acciones en Derecho Penal. Buenos Aires: Hammurabi. pp. 13-39.

1.3. Función del derecho instituido: violencia conservadora del orden social

Existe una manifestación disruptiva de la violencia que a nivel instituyente concentra la potencia creadora y destructora de derecho (momento fundacional, revolucionario, constituyente). Se trata de una violencia carente de forma, que subvierte la forma y, a un mismo tiempo, ostenta la capacidad de crear nuevas formas, esto es, de fundar derecho. Corresponde ahora identificar una segunda expresión de la violencia que operará como fuerza formalizada en la fase ulterior del derecho instituido.

No obstante, y antes de ello, cabe hacerse cargo de una posible objeción que de inmediato surge. Si la operación instituyente bien podría designarse como violencia en tanto se despliega en oposición a las formas institucionales pre-existentes desde cuya plataforma de sentido deóntico dicho estatus se confiere, ¿en qué medida el funcionamiento del derecho instituido, aparato definido precisamente por su poder formalizante y la formalidad de su operación, puede ser también calificado de *violencia*? Si la violencia no es, como hemos sostenido, un dato natural-objetivo susceptible de captarse mediante la pura observación del acto enjuiciado, sino el efecto (performativo) de una adscripción subjetivo-volitiva de sentido normativo determinado por la imposibilidad de subsumirlo bajo las formas jurídicas –o de otro sistema ético-político-normativo instituido–, ¿cómo es posible que la operación fáctica de las categorías *formales* del propio derecho pueda recibir la misma calificación?

A nuestro juicio esta violencia del derecho, que Benjamin denomina *conservadora*¹⁸⁸, no sólo existe sino que, en rigor, no es distinguible de la anterior más que analíticamente. Veamos por qué.

* * *

Según dijimos en el capítulo anterior, la realidad institucional se superpone a una facticidad de cuya construcción a un mismo tiempo el proceso instituyente participa. Sobre esas relaciones de fuerza parcialmente dadas y parcialmente consolidadas y modeladas por la operación de institucionalización, se definirá una específica articulación de lo social que adoptará la forma de estructura. Esta estructura social será el correlato fáctico de lo que, a nivel simbólico, la realidad institucional consagra con objeto de estabilizar y perpetuar en el tiempo.

De esta suerte, la institucionalización como fenómeno normativo tiene su contracara histórico-fáctica en una determinada distribución estructural de la posición social de los agentes. Los actores que protagonizan el acto de institución han de ostentar una posición privilegiada en la distribución del poder social, en particular, han de concentrar un nivel de violencia lo suficientemente intenso para operar fundacionalmente. Al sancionar institucionalmente determinada estructuración de las relaciones sociales lo que se hace es consagrar un sistema de “distancias diferenciales”¹⁸⁹ que siempre expresa una asimétrica distribución del poder. Codificar las diferencias es consolidar el desequilibrio de fuerzas que *da facto* define el orden social; como percibe Searle, “[l]a estructura de los hechos institucionales *es* una estructura de relaciones de poder”¹⁹⁰. Por tanto, la institucionalización (reificación) de la estructura es la consagración de la asimétrica disposi-

¹⁸⁸ BENJAMIN, W. 1921., *op. cit.*, pp. 42 y ss.

¹⁸⁹ GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 56.

¹⁹⁰ SEARLE, J. 1995., *op. cit.*, p. 106 [Destacado agregado].

ción de fuerzas que define y que la institución busca estabilizar re-significando su violencia al inscribirla en sus categorías formales (explicándola, justificándola, legitimándola). Esta formalización alberga la pretensión de excluir toda manifestación de violencia no formalizada. La imposición fundacional de una forma a través del ejercicio de la fuerza instituyente requiere, para instituirse, excluir toda fuerza externa a los cánones instituidos; debe neutralizar la amenaza de que la violencia en su dimensión disruptiva emerja, encauzando el flujo instituyente por los cauces instituidos. Esa forma violentamente impresa se mantendrá sólo en la medida en que, de un modo más o menos subterráneo, permanezca activa excluyendo la violencia informe. La guerra de la que hablaba Foucault nunca desaparece sino tan sólo modifica su apariencia: se (re)presenta como paz:

La ley no es pacificación, porque detrás de la ley la guerra continúa enfureciendo, y de hecho enfurece, dentro de todos los mecanismos de poder, hasta de los más regulares. La guerra es la que constituye el motor de las instituciones y del orden: la paz, hasta en sus mecanismos más íntimos, hace sordamente la guerra; la guerra es la cifra misma de la paz.¹⁹¹

Como señalamos, la formalización instituyente alberga la pretensión de estabilizar prospectivamente el orden de cosas dejado por la guerra manifiesta; en el corazón de la fundación se inscribe la promesa de conservación del desequilibrio consagrado, y en la estructura de su reproducción la necesidad de la perpetua repetición de la violencia que lo sostiene:

...las relaciones de poder que funcionan en una sociedad como la nuestra se injertan esencialmente en una relación de fuerzas establecidas en un determinado momento, históricamente precisable, de la guerra. Y si es verdad que el poder político detiene la guerra, hace reinar o intenta hacer reinar una paz en la sociedad civil, no es para suspender los efectos de la guerra o para neutralizar el desequilibrio que se manifestó en la batalla final. *El poder político, en esta hipótesis, tiene de hecho el papel de inscribir perpetuamente, a través de una especie de guerra silenciosa, la re-*

¹⁹¹ FOUCAULT, M. 1976., *op. cit.*, p. 47.

*lación de fuerzas en las instituciones, en las desigualdades económicas, en el lenguaje, hasta en los cuerpos de unos y otros. [...] Definir la política como guerra continuada por otros medios significa creer que la política es la sanción y el mantenimiento del desequilibrio de las fuerzas que se manifestaron en la guerra.*¹⁹²

Por lo tanto, para que la violencia se torne fundadora, la fuerza del *nomos* instituyente ha de traspasarse a la realidad instituida que, entonces, debe desarrollar mecanismos para salvaguardar la forma simbólicamente consagrada frente a los vaivenes del entorno. La violencia de la operación del derecho instituido se encuentra inscrita ya en la violencia que lo funda. En palabras de Derrida:

...la violencia misma de la fundación o de la posición del derecho debe implicar la violencia de la conservación y no puede romper con ella. *Forma parte de la estructura de la violencia fundadora el que apele a la repetición de sí y funde lo que debe ser conservado, conservable, prometido a la herencia y a la tradición, a la partición. Una fundación es una promesa. Toda posición o establecimiento permite y promete, establece poniendo y prometiendo. E incluso si una promesa no se mantiene de hecho, la iterabilidad inscribe la promesa de mantenimiento en el momento más irruptivo de la fundación. Inscribe así la posibilidad de la repetición en el corazón de lo originario. De golpe, ya no hay fundación pura o posición pura del derecho, y en consecuencia pura violencia fundadora, como tampoco hay violencia puramente conservadora. La posición es ya iterabilidad, llamada a la repetición autoconservadora. La conservación a su vez sigue siendo refundadora para poder conservar aquello que pretende fundar. No hay, pues, oposición rigurosa entre la fundación y la conservación.*¹⁹³

El orden instaurado debe auto-conservarse reproduciendo sistemáticamente sus categorías, imponiendo coercitivamente los cánones de interacción social instituidos;

¹⁹² *Ibid.*, p. 24 [Destacado agregado]. Desde una posición marxista, esto implica “considerar que la estructura de las relaciones sociales es, en su forma imperante, esencialmente violenta. Incluso en lo que se llama habitualmente ‘paz’. Significa sostener que las clases dominantes llaman ‘paz’ a los momentos en que van ganando la guerra, y solo hablan de guerra cuando se sienten amenazadas”. (PÉREZ SOTO, C. 2008., *op. cit.*, pp. 67-8). En el mismo sentido: PÉREZ SOTO, C. 2012., *op. cit.*, p. 8. Véase *supra*. [§II.1.2.1.] lo dicho a propósito de las ceremonias de paz merced a las cuales se instauran los límites fronterizos.

¹⁹³ DERRIDA, J. 1990., *op. cit.*, pp. 97-8 [Destacado agregado].

como afirman Berger y Luckmann, debe mantener constantemente “la prioridad de las definiciones institucionales, por sobre los intentos individuales de nuevas definiciones”¹⁹⁴. Así, de cara a la contingencia de la particular facticidad del presente y a la incertidumbre del futuro, la institución debe “apelar a la repetición de sí”, insistiendo en las formas codificadas en el pasado.

El éxito instituyente, acreditado por la efectiva creación de la institución –es decir, por el reconocimiento intersubjetivo de su existencia–, implica la inmediata operación del mecanismo antes descrito en que el decisionismo original del que emana su condición de violencia es retroactivamente negado, simbólicamente suprimido. Ahora, la anulación retrospectiva de la *decisión* supone la correlativa negación de la fuerza de la que surge toda *creación*: el salto arbitrario inscrito en la estructura de toda decisión –que torna lógicamente imposible reconducirla a una norma que en sentido estricto la justifique– es tanto fuente de su violencia como fundamento del poder constructivo que hace posible la operación de institución:

...la creación presupone, tanto como la alienación, la capacidad de darse lo que no es (lo que no es dado en la percepción, o lo que no es dado en los encadenamientos simbólicos del pensamiento racional ya constituido).¹⁹⁵

Por lo tanto, entre las fuerzas que la realidad institucional ha de excluir para instituirse –y, una vez instituida, para conservarse– se encuentra también y sobre todo la misma fuerza que inicialmente posibilitó y guio su institucionalización¹⁹⁶. Como hemos

¹⁹⁴ BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, p. 85.

¹⁹⁵ CASTORIADIS, C., *op. cit.*, p. 214.

¹⁹⁶ De ahí que para Benjamin la relación entre ambas modalidades de violencia sea ambigua; habla al respecto de una “ley de alternancia”: “Un vistazo que se oriente a la inmediatez es apenas capaz de percibir el ir y venir dialéctico en la estructura de la violencia como fundadora y conservadora de derecho. La ley de esta alternancia se basa en que toda violencia conservadora de derecho, mientras dura, debilita de forma indirecta a través de la represión de contraviolencias enemigas también a la fundadora de derecho, la cual se representa en la violencia conservadora misma. [...] Esto continúa hasta que, bien nuevas violencias, bien aquellas oprimidas en el pasado, vencen a la violencia conservadora de derecho y, con ello, instauran un nuevo derecho hasta su próxima caída.” (BENJAMIN, W. 1921., *op. cit.*, pp. 61-2).

sostenido, una vez instaurado el orden mediante la creación de esa realidad institucional que es el derecho, la voluntad de los representados codificada en el pasado instante instituyente adquiere cierta validez autónoma, disociándose así de la voluntad que *de facto* exhiben en el presente en que el derecho instituido opera (coactivamente) sobre ellos. Ese orden jurídico instituido *representa* la estructura social a cuya conservación se orienta; es decir, vuelve a presentar o reproduce la presencia de una realidad ausente; presenta en el presente como presencia la específica y contingente articulación fáctica de las relaciones sociales contenida en la estructura que en el pasado se buscó consagrar mediante su institucionalización. Para ello, encapsula simbólicamente en reglas garantías de que el orden instituido existe y subsiste pese a la mutación del entorno histórico, pese a la defraudación de las expectativas que sobre dichas garantías se articulan causada por la esporádica transgresión de sus mandatos¹⁹⁷; y pese también a la ulterior divergencia entre el contenido de la subjetividad instituyente y el objetivado en la realidad instituida. Se sigue que, una vez institucionalizado, codificado en la literalidad estática de un texto, el modelo representativo se disocia de lo representado, del objeto real, de la presencia; esto es, se desacopla de la fuerza o voluntad instituyente.

Hay en la operación de conservación de la realidad instituida una violencia inherente ya a su versión fundacional pero que funciona aquí de modo en cierta medida inverso.

Como se advierte, tal como en Derrida, para Benjamin *la violencia fundadora se encuentra re-presentada en la conservadora*; empero, el propio ejercicio de esa función conservadora, en tanto sistemática exclusión de la violencia informe, supone un debilitamiento de la violencia representada que, en tanto fundacional, comparte la misma naturaleza informe que aquella que la conservación excluye. Véase *supra*. §II.1.2.

¹⁹⁷ Como veremos al revisar el modelo teórico que justifica la pena como mecanismo de estabilización sistémica [*infra*. §III, 2.7.], las normas ostentan una forma de validez que se denomina *contrafáctica*: “Mientras que las leyes del mundo exterior empíricamente fundamentadas son refutadas a través de su lesión y dejan de tener validez, es decir, que mantienen su vigencia, por ejemplo, hasta que la primera de las manzanas que cuelgan de un árbol refute la ley de la gravedad, sucede algo diverso con las leyes basadas en criterios normativos y más o menos también con las normas sociales: *la comisión de un robo de ninguna manera refuta ni destruye la prohibición de no robar, más bien la fortalece.*” (HASSEMER, W. 2003., *op. cit.*, p. 21 [Destacado agregado]).

* * *

En el proceso de formalización instituyente, la lógica del extrañamiento que objetiva el orden expropiándose a los sujetos que participan de su construcción, tiene lugar a través de un proceso de *universalización* en virtud del cual el contenido histórico-temporalmente situado y condicionado se eleva a una estatus de validez abstracta, atemporal e incondicional. En la institución lo *particular* substantivo, expresión de una concreta posición y contingente valoración social, adopta la forma de un *universal* abstracto dotado de validez general, legitimado por su remisión al todo social al que *a posteriori* se le imputa como expresión-(re)presentación de su voluntad. En esta inmanentización del *telos* subjetivo mediante la objetivación institucional de su manifestación externalizada, se despliega esa violencia usurpadora en que la estructura social adquiere la dimensión de facticidad suprahumana y opresiva que revisamos en el capítulo anterior¹⁹⁸.

Esta dimensión reificante de la violencia fundacional inherente a toda institución opera a través de un proceso de forzada universalización de lo particular. Como sostiene Nietzsche, este mecanismo es característico de toda *representación*¹⁹⁹:

Toda palabra se convierte de manera inmediata en concepto en tanto que justamente no ha de servir para la experiencia singular y completamente individualizada a la que debe su origen, por ejemplo, como recuerdo, sino que debe encajar al mismo tiempo con innumerables experiencias, por así decirlo, más o menos similares, jamás idénticas estrictamente hablando; en suma, con casos puramente diferentes. *Todo concepto se forma por equiparación de casos no iguales*. Del mismo modo que es

¹⁹⁸ Véase *supra*. §I.1.3.; y §I.1.4.1.

¹⁹⁹ Así también Hegel: "Toda representación es una universalización y ésta le pertenece al pensamiento." (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§4, *agr.*] 79). Cfr. BOURDIEU, P. 1981., *op. cit.*, pp. 113-4.

cierto que una hoja no es igual a otra, también es cierto que el concepto hoja se ha formado al abandonar de manera arbitraria esas diferencias individuales, al olvidar las notas distintivas, con lo cual se suscita entonces la *representación*, como si en la naturaleza hubiese algo separado de las hojas que fuese la ‘hoja’, una especie de arquetipo primigenio a partir del cual todas las hojas habrían sido tejidas, diseñadas, calibradas, coloreadas, onduladas, pintadas, pero por manos tan torpes, que ningún ejemplar resultase ser correcto y fidedigno como copia fiel del arquetipo.²⁰⁰

Así, de acuerdo a Nietzsche, sólo “[l]a omisión de lo individual y de lo real nos proporciona el concepto del mismo modo que también nos proporciona la forma”²⁰¹. Por ende, para establecerse como institución y cumplir su rol como aparato de integración social, el derecho debe consagrar una representación disociada de lo representado en categorías instituidas que operarán entonces como “metáforas petrificadas”²⁰². En la medida en que el reconocimiento expropiador de la voluntad particular por la institución exige su formalización a través de la conversión generalizadora de su contenido que lo traduce a la abstracción de un lenguaje universal, se sigue que ese *reconocimiento* es también, y necesariamente, un *desconocimiento* de la voluntad original. A partir de la objetividad que ostenta entonces la realidad ontológicamente articulada merced a la acción instituyente, deriva que en la operación práctica en que realiza su pretensión de

²⁰⁰ NIETZSCHE, F. 1873., *op. cit.*, pp. 23-4 [Destacado agregado]. La posición de Schauer –que aquí no cabe desarrollar– se encuentra muy próxima en esta materia a lo hemos postulado en el texto. A su juicio, toda *generalización* –tanto generalizaciones descriptivas como las asociadas por Nietzsche a la representación conceptual, como las generalizaciones prescriptivas contenidas en las normas– supone una operación de *supresión*: “Las generalizaciones son, pues, selectivas, pero así como son inclusiones selectivas, las generalizaciones son también exclusiones selectivas. Al concentrarse en un número limitado de propiedades, una generalización simultáneamente *suprime* otras propiedades, incluso aquellas que marcan diferencias reales entre los individuos que las propiedades seleccionadas tratan como semejantes.” (SCHAUER, F. 1991., *op. cit.*, p. 80 [Destacado original]). En la misma línea Christodoulidis enfatiza la dimensión de *supresión* o *reducción* implícita en las reglas como dispositivos excluyentes de la particularidad mediante la abstracción de las generalizaciones que codifica. (CHRISTODOULIDIS, E. A. 1998. The irrationality of merciful legal judgment: exclusionary reasoning and the question of the particular. *Law and Philosophy* 18 (1999): 233-6)

²⁰¹ NIETZSCHE, F. 1873., *op. cit.*, p. 24.

²⁰² “Pero el endurecimiento y la petrificación de una metáfora no garantizan para nada en absoluto la necesidad y la legitimación exclusiva de esa metáfora.” (NIETZSCHE, F. 1873., *op. cit.*, pp. 30-1).

regular *de facto* la conducta social, se ejerza como violencia. Ahora bien, ¿de dónde emana esta violencia?

Si la violencia fundacional se despliega en el proceso de universalización objetivante de lo particular subjetivo; la violencia conservadora replica el proceso en sentido inverso: impone lo universal institucionalmente objetivado sobre lo particular subjetivo. Esta inversión que experimenta el ejercicio de la violencia entre los polos universal/particular, lo advierte Foucault a propósito de lo que, según vimos, Nietzsche señala respecto al conocimiento en general:

...el conocimiento es al mismo tiempo *lo más generalizante y lo más particularizante*. El conocimiento esquematiza, ignora las diferencias, asimila las cosas entre sí y cumple su papel sin ningún fundamento de una verdad. Por ello, *el conocimiento es siempre un desconocimiento*. Por otra parte es siempre algo que apunta, maliciosa, insidiosa, agresivamente, a individuos, cosas, situaciones. Sólo hay conocimiento en la medida en que se establece entre el hombre y aquello que conoce algo así como una lucha singular, un *tête-a-tête*, un enfrentamiento.²⁰³

Ya en la esfera del saber, en la pretensión cognoscitiva de establecer enunciados que, describiendo sus propiedades objetivas, se correspondan con la realidad, subyace una dimensión de violencia. Entre el saber y sus objetos no existe continuidad natural: “[e]l conocimiento sólo puede ser una violación de las cosas a conocer y no percepción, reconocimiento, identificación de o con ellas”²⁰⁴. Ahora, ¿por qué de esta no continuidad natural se sigue, de modo en apariencia inevitable, una relación de violencia? Porque el conocimiento es siempre desconocimiento de la singularidad, desconocimiento indisociable de la pretensión de aprehenderla en categorías, de clasificar lo real en enunciados discursivos que por su naturaleza demandan una operación de generalización que suprime las diferencias reales y que, en su retorno sobre lo singular antes gene-

²⁰³ FOUCAULT, M. 1973., *op. cit.*, p. 31 [Destacado agregado].

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 23.

realizado, le impone la mismidad ficticia de las formas consagradas²⁰⁵. Toda representación se impone con violencia ciega sobre lo que se supone representado; violencia que, por supuesto, no podría sino transmitirse a actos de clasificación expresamente deónticos como los que conforman las reglas de toda institución y del derecho en cuanto de tal.

* * *

Desplazándonos al campo de la razón práctica y del derecho en particular, esta violencia puede comprenderse poniendo en relación lo que Detmold denomina “vacío de particularidad”²⁰⁶ con lo que Hart llama “formalismo”²⁰⁷; para advertir que lo que éste último califica de “vicio” no es sino un rasgo inherente a la operación de todo sistema institucional de ordenación social.

A juicio de Hart, el llamado “formalismo” pretende encubrir o minimizar la dimensión de irreductible discrecionalidad inherente al proceso de aplicación de toda regla jurídica:

Una manera de hacer esto es *congelar el significado de la regla*, de modo que sus términos generales tengan que tener el mismo significado en todos los casos en que su aplicación está de por medio. Para asegurar esto podemos aferrarnos a ciertas características presentes en el caso obvio, e insistir en que ellas son a la vez necesarias y suficientes para que todo aquello que las posea quede comprendido por la regla, cualesquiera

²⁰⁵ En palabras de Nietzsche: “la ‘percepción correcta’ –es decir, la expresión adecuada de un objeto en el sujeto– me parece un absurdo lleno de contradicciones, puesto que entre dos esferas absolutamente distintas, como son el sujeto y el objeto, no hay ninguna causalidad, ninguna exactitud, ninguna expresión, sino, a lo sumo, una conducta estética, quiero decir: un extrapolar alusivo, un traducir balbuceante a un lenguaje completamente extraño, para lo que, en todo caso, se necesita una esfera intermedia y una *fuerza mediadora*.” (NIETZSCHE, F. 1873., *op. cit.*, pp. 29-30 [Destacado agregado]). A la fuerza mediadora merced a la cual tiene lugar el traducir balbuceante entre esferas inconmensurables, la hemos denominado *violencia*.

²⁰⁶ DETMOLD, M. J. 1989. Law as practical reason. Cambridge Law Journal 48(3): 436-471.

²⁰⁷ HART, H. L. A. 1961., *op. cit.*, pp. 155-91.

sean las restantes características que pueda tener o que puedan faltarle, y cualesquiera sean las consecuencias sociales que resulten de aplicar la regla de esta manera. Hacer esto es asegurar un grado de certeza o predecibilidad al precio de *prejuzar ciegamente* lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición ignoramos. *Así habremos conseguido, por cierto, resolver por adelantado, pero también a oscuras, cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas.* [...] La rigidez de nuestras clasificaciones entrará así en conflicto con los propósitos que nos animan al tener o preservar la regla.²⁰⁸

Un modo de enfrentar la problemática “ceguera” que emana de la rigidez con que el formalismo congela el sentido de los términos, consistiría en perfeccionar el enunciado normativo mediante el progresivo refinamiento de las definiciones que comprende. Empero, para Detmold esto no resuelve el problema porque, pese a los esfuerzos desplegado en ese sentido, el “vacío de particularidad” se mantendría:

No importa cuán detalladamente describamos el término [...], todavía tendremos una clase [...] y no todavía un caso de adjudicación. [...] Es común llamar al proceso de refinar una definición ‘particularización’; pero es en verdad una deformación del término, porque *la definición más altamente refinada es todavía universal* (a, b, c... n son todas propiedades y relaciones universales): *hay una diferencia lógica radical entre el conjunto más altamente definido de universales y un caso particular...*²⁰⁹

El vacío emerge entre toda categoría conceptual que opere como clase y lo singular mismo objeto de la clasificación: este particular es por definición inclasificable; toda clasificación implica sustituir la unicidad de su diferencia por la mismidad de la forma universal que, de este modo, le es forzadamente impuesta²¹⁰. El problema para Detmold es que “[u]n juicio respecto de *A B* y *C* no puede ser un juicio práctico porque no puede

²⁰⁸ *Ibid.*, pp. 161-2 [Destacado agregado].

²⁰⁹ DETMOLD, M. J., *op. cit.*, pp. 438-9 [Destacado agregado].

²¹⁰ *Ibid.*, p. 458. Es precisamente en esta medida que, según vimos a partir del argumento de Durkheim y Mauss, la operación de clasificación cumple un rol performativo: introyecta en el objeto la propiedad a partir de la cual construye *ex post* el criterio sobre el cual se articula la clasificación. La clase y lo clasificado se constituyen recíprocamente en el acto de clasificación/nominación/categorización. La violencia de la forma expresa la dimensión nómica (instituyente) del nombrar. Véase *supra*. §II.1.4.2.

cruzar el vacío”²¹¹, y no puede cruzarlo porque no se refiere a lo particular juzgado sino a través de la mediación de las propiedades universales *A B* y *C*; conceptos abstractos que en su pretendida re-presentación desconocen la unicidad presente en lo particular, disolviendo su singularidad para seleccionar arbitrariamente ciertos aspectos que luego le son atribuidos por la fuerza, en un proceso de supuesta particularización aplicativa que, violando la “dignidad” de su particularidad real, sería para Detmold más un *acto de guerra* que de derecho²¹². Este vacío no puede cruzarse sin violencia.

Sin embargo, el “prejuizar ciegamente” o “resolver por adelantado pero también a oscuras” que, violando el “vacío de particularidad”, se ejercerse como violencia; no puede –como pretende Hart– concebirse sin más como un “vicio” del derecho²¹³. Antes bien, ocurre lo opuesto: lejos de denotar una falencia anómala a corregir, designa aquello que en el derecho condiciona la posibilidad del desempeño de la función social que lo justifica en calidad de aparato institucional.

En principio, la fuerza vinculante de toda norma se sostiene sobre el reconocimiento de parte de su destinatario de la validez del contenido subyacente al comportamiento prescrito; en el caso de normas sociales, en el reconocimiento de la corrección de los principios sobre los que se articula la identidad del Nosotros integrado en una unidad política que dichos preceptos expresan. En el derecho, en cambio, la inevitable desvinculación derivada de su formalización universalizante, obstaculiza esa transparente correspondencia entre las voluntades particulares representadas (lo real) y su representación institucional en normas jurídicas (lo formal). Empero, la función que justifica una insti-

²¹¹ *Ibid.*, p. 458.

²¹² *Ibid.*, p. 462 [Destacado agregado].

²¹³ Como acertadamente sostiene Schauer: “En el núcleo de la palabra ‘formalismo’ [...] subyace el concepto de una toma de decisiones de acuerdo a *reglas*. El formalismo es el modo a través del cual las reglas operan como reglas [*achieve their ‘ruleness’*] haciendo precisamente lo que se supone es la falla del formalismo: sacar de la vista de quien toma la decisión factores que, de lo contrario, un tomador de decisiones sensible habría tomado en cuenta.” En directa oposición a la tesis de Hart, a su juicio es precisamente “la rigidez acontextual de una regla lo que la hace una regla”. (SCHAUER, F. 1988., *op. cit.*, pp. 510 [Destacado original]; 535 [Traducción propia]).

tución como el derecho reside en su capacidad de incidir fácticamente sobre la organización de las relaciones intersubjetivas dotando de una específica forma a la comunidad que su instauración constituye. Por lo tanto, no obstante la institución se torne, una vez instituida, extraña a los sujetos instituyentes, su finalidad directivo-integradora requiere que el modelo institucionalizado retorne sobre los propios actores que, entonces, han dejado de reconocerse en la voluntad instituida.

En realidad, la peculiar fuerza de la prescripción formulada por las reglas del derecho²¹⁴ se funda precisamente en esa disociación entre el conglomerado de voluntades particulares dotado de realidad histórica que construye el modelo por hipótesis representado en sus enunciados; y el enunciado normativo en sí mismo, dotado de un estatus institucional cuyo carácter universal le impide identificarse con la voluntad que originalmente pretendía expresar, representar y consagrar para conservar. Deriva de lo anterior que la obligatoriedad de sus normas no queda supedita a la previa verificación de parte del sujeto obligado de la correspondencia entre su específico contenido y aquel que él, en tanto destinatario y virtual autor de la regla que se le aplica, aprueba como válido²¹⁵. Y esto, claro está, no puede concebirse como un defecto o anomalía del derecho sino, como dijimos, más bien como su opuesto: factor esencial que condiciona la posibilidad del desempeño de la función social que justifica su existencia²¹⁶.

²¹⁴ Lo que Derrida, recordando la expresión de Montaigne, llamaba “el fundamento místico de su autoridad”. (DERRIDA, J. 1989., *op. cit.*, p. 29).

²¹⁵ Lo que, dicho de paso, pone en tela de juicio la idea postulada por algunos modelos de justificación de la pena que apelan a su virtualidad expresiva de un reproche moral en el marco de un discurso de raigambre retribucionista donde la violencia del castigo es re-interpretada como un *reconocimiento* del castigado (de su dignidad inherente *qua* ser racional, de su condición de ciudadano coautor de la ley que avala la pena, etc.) a quien se le impone *su* propio derecho. Véase *infra*. §III, 2.2.2.; §III, 2.3.; §III, 2.7.

²¹⁶ Por lo demás, a partir de esto no cabe derivar sin más la ilegitimidad de la disociación sobre la que opera. Como advierte Kindhäuser, esta situación bien puede entenderse en cambio como fruto *–prima facie* legítimo– de la naturaleza democrática del procedimiento que establece la norma: “Ciertamente [...] todos los intereses deben ser tomados en cuenta, pero como el proceso de formación de opinión es *interrumpido por una decisión* de mayoría, puede que, en principio, el individuo no acepte la norma como conforme a su racionalidad. [...] *Entre la autodeterminación moral de la persona y el deber-ser jurídico fundamentado democráticamente no puede fijarse una armonía preestablecida*. El problema aquí plantea-

La codificación institucional de patrones de comportamiento supone congelar una decisión del pasado con la pretensión de imponerla sobre el presente para encauzar el futuro –que se prevé potencialmente divergente– en los márgenes que pre-establece y, de este modo, controlarlo: “asegurar un grado de certeza o predecibilidad” reduciendo el efecto socialmente desestabilizador que la contingencia de un mañana por definición no-anticipable genera²¹⁷. En palabras de Schauer: “inflando” la importancia de la clasificación de ayer, las reglas “fuerzan el futuro en las categorías del pasado”²¹⁸. Su modo de operar es, de esta suerte, inherentemente *conservador*²¹⁹.

Juzgar situaciones futuras de acuerdo a cánones de corrección formulados en el pasado, efectivamente envuelve el peligro del que hablaba Hart –o, más bien, entraña con certeza el costo– de soluciones irrazonables, injustas, contrarias a los propósitos que originalmente animaron el establecimiento de la regla²²⁰. Y no sólo conduce a resultados

do es predicable de todo punto de partida que, sin tener en cuenta el carácter socialmente mediado de la génesis de la norma, deriva la razón inmediata de validez de la norma a partir de la moralidad individual.” (KINDHÄUSER, U. 1995., *op. cit.*, pp. 84-5 [Destacado agregado]). En última instancia la disociación en cuestión no es sino el resultado natural de toda *decisión*: ya sea individual o colectiva, “[t]omar una decisión es poner fin a la deliberación. Es también negarse a continuar buscando más información y argumentos y rehusar atender a los que surgen en la propia mente o son sugeridos por otras personas”. Decidir –continúa Raz– “significa que se considera que se tiene una razón excluyente para no considerar ulteriores razones o argumentos.” (RAZ, J. 1975., *op. cit.*, pp. 76; 77). En tanto la toma de una decisión –que pone término a la deliberación y da paso a la acción que la externaliza– excluye la consideración de nuevas razones, excluye también la reconsideración de las razones que originalmente la justificaron. Entonces, su significado se “congela” o “petrifica” en el texto de una norma, adquiriendo una validez objetiva que la independiza de su (in)congruencia con el contenido de la voluntad subjetiva *prima facie* significada.

²¹⁷ Véase *infra*. §III, 2.7.

²¹⁸ SCHAUER, F. 1988., *op. cit.*, p. 542 [Traducción propia].

²¹⁹ *Ibid.*, p. 542 [Traducción propia].

²²⁰ Esto es, lo que Schauer denomina “experiencias recalcitrantes” (SCHAUER, F. 1991., *op. cit.*, p. 98) y explica como producto del carácter necesariamente sub- y sobre-incluyente de las reglas entendidas como “generalizaciones atrincheradas” (*Ibid.*, pp. 89-92; 97 y ss.). Véase también: Schauer (SCHAUER, F. 1988., *op. cit.*, p. 520) y Raz (RAZ, J. 1975., *op. cit.*, pp. 47-8; 84 y ss.). Estas situaciones ponen en evidencia la naturaleza de la autoridad que ostentan las instituciones: “considerar a alguien como una autoridad es considerar a algunas de sus manifestaciones como autoritativas aunque sean incorrectas sobre la base del balance de razones.” (RAZ, J. 1975., *op. cit.*, p. 73). En el plano del derecho, esta situación se torna particularmente evidente en el proceso de aplicación de las normas jurídicas: “El hecho de que un tribunal pueda tomar una decisión vinculante no significa que no pueda equivocarse. Significa que su decisión es vinculante aunque esté equivocada. Mi especificación de la situación jurídica no es vinculante en absoluto si está equivocada. Ser una aplicación vinculante de una norma significa ser vinculante

no-razonables: implica, de modo también necesario, que la cotidiana aplicación del derecho se encuentre permeada de la violencia conservadora que, según vimos, es propia de la imposición de formas universales sobre substancias particulares.

Se advierte que lo que está en juego al momento de comprender la violencia que ejerce el derecho en la operación mediante la que se auto-conserva manteniendo las formas instituidas, es el aludido elemento *decisionista*: en la ceguera con que impone sus formas ejerce una violencia operativa merced a la negación discursiva de la decisión que la precede.

¿Cómo conciliar el *acto de justicia* que se refiere siempre a una *singularidad*, a individuos, a grupos, a existencias irremplazables, al otro o a mí como el otro, en una *situación única*, con *la regla, la norma, el valor o el imperativo de justicia* que tienen necesariamente una *forma general*, incluso si esta generalidad prescribe una aplicación singular? Si me contentara con aplicar una regla justa sin espíritu de justicia y sin inventar cada vez, de alguna manera, la regla y el ejemplo, estaría quizás al amparo de la crítica, bajo la protección del derecho, actuaría conforme al derecho objetivo, pero no sería justo. Actuaría, diría Kant, conforme al deber, pero no por deber o por respeto a la ley.²²¹

Si la decisión se toma sin recurrir al fundamento normativo que ofrece un precepto universal pre-existente para, en cambio, atender exclusivamente a la particularidad del caso concreto, la imposición fáctica de la determinación así alcanzada supondría el arbitrario ejercicio de una *violencia informe* –esto es, *decisionista*²²²–. Si, por el contrario, la

incluso si es incorrecta, incluso si de hecho es una mala aplicación de la norma.” (*Ibid.*, p. 155) Al respecto véase también: CHRISTODOULIDIS, E. A., *op. cit.*, pp. 225-33.

²²¹ DERRIDA, J. 1989., *op. cit.*, p. 40 [Destacado agregado].

²²² Cfr. HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, pp. [§214] 333-4; SCHMITT, C. 1934., *op. cit.*, p. 40; DERRIDA, J. 1989., *op. cit.*, pp. 34; 61-2. Esta situación contrasta frontalmente con la obsesión ilustrada contra la arbitrariedad judicial, que cabe entender en el marco de esta pretensión (ideológica) de suprimir el componente decisionista de la aplicación particularizadora de la ley y, con ello, su dimensión de violencia (conservadora). La exigencia planteada por Feuerbach, por ejemplo, en el sentido de fundar la imposición de la pena exclusivamente en “razones legales” (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§75] 81), puede verse como un intento de neutralizar lo que Detmold llama “vacío de particularidad”. La aversión del racionalismo ilustrado frente a la arbitrariedad judicial es particularmente evidente en Beccaria, quien

solución se deriva estrictamente de un regla general, como su mecánica extensión aplicada, se estarían imponiendo sobre el evento particular categorías que le resultan estructuralmente ajenas, extrínsecas; se traspasa el vacío por la fuerza y en su imposición se ejerce la *violencia de la forma*.

La violencia es, por consiguiente, inextirpable. De su presencia y cotidiana operación depende la subsistencia del orden erigido con la violencia fundadora-instituyente; de ella pende, por tanto, la consecución de la finalidad de *integración social* que justifica la existencia del derecho como institución. Para realizar dicha función mediata, los instrumentos del derecho instituido ejercen esta violencia conservadora a través de una función que en lo inmediato los caracteriza como dispositivos de *control social*.

reclama reducir su función a la mecánica ejecución de un “silogismo perfecto” (BECCARIA, C., *op. cit.*, pp. 220-3).

1.3.1. Institución y coacción: control social

En la fase *instituyente* la función de *integración* inicia su operación desde la esfera comunicativa: se declara cierto orden normativo como el que debe regular la interacción social. Para instaurarlo y estabilizar su vigencia a lo largo del tiempo se erige simbólicamente en forma de derecho. El derecho se constituye en expresión formalizada del sustrato normativo que fundacionalmente define la identidad de la sociedad. En él se condensan los modelos de comportamiento que los sujetos juzgan correctos y deciden auto-imponerse. El derecho representa el punto de convergencia de los principios ético-políticos comunes a quienes, como sus autores y destinatarios, se reconocen mutuamente como parte de un mismo colectivo. La operación del derecho *instituido* que sucede al momento instituyente busca proteger la identidad social jurídicamente institucionalizada y admite entenderse como una función de *control social*²²³.

Como hemos visto, la realidad social institucionalizada se auto-conserva manteniendo sus definiciones frente a los intentos de sujetos particulares de imponer las propias. La institución debe neutralizar la contingente expresión de esa violencia informe y, por ello, potencialmente fundacional; debe, en cambio, encauzar el flujo instituyente por los cauces instituidos merced al ejercicio de la violencia que conserva el orden represen-

²²³ La formulación original del concepto en el campo de la sociología se encuentra en Parsons (PARSONS, T. 1959. El sistema social. 3ª ed. Madrid. Revista de Occidente (1966). pp. 218; 259-331). Para explorar el origen y evolución histórica de la idea de “control social”, véase: MELOSSI, D. 1990. El estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia. México D. F. Siglo XXI (1992). pp. 135 y ss. Para conocer análoga evolución en relación al derecho penal en particular, véase: BERGALLI, R. 2003. Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas. En: BERGALLI, R. (Coord.). 2003. Sistema penal y problemas sociales. Valencia. Tirant Lo Blanch. pp. 29-45.

tando, reproduciendo la violencia que lo funda. La iterabilidad de la violencia se encuentra inscrita en su manifestación instituyente²²⁴. En términos de Berger y Luckmann:

Las instituciones, por el hecho mismo de existir, también controlan el comportamiento humano estableciendo pautas definidas de antemano que lo canalizan en una dirección determinada, en oposición a las muchas otras que podrían darse teóricamente. Importa destacar que este carácter controlador es inherente a la institucionalización en cuanto tal, previo o aislado de cualquier mecanismo de sanción establecido específicamente para sostén de una institución. Estos mecanismos (cuya suma constituye lo que en general se denomina sistema de control social) existen, por supuesto, en muchas instituciones y en todos los conglomerados de instituciones que llamamos sociedades. Su eficacia controladora, no obstante, es de índole secundaria. [...] [E]l control social primordial ya se da de por sí en la vida de la institución en cuanto tal. *Decir que un sector de actividad humana se ha institucionalizado es decir que ha sido sometido al control social*. Solamente se requieren mecanismos de control adicionales cuando los procesos de institucionalización no llegan a cumplirse cabalmente.²²⁵

Como puede observarse, la mecánica de control social se encuentra analíticamente contenida en el concepto de integración que asociamos a la operación instituyente del derecho. La función nómica de constitución del Nosotros –que tiene lugar a través de la violencia fundacional– sólo se realiza en tanto esa subjetividad colectiva logra *de facto* instanciarse en los individuos que han de integrarse en torno al polo de sentido compartido representado por el *nomos* como nombre. Para que la nominación opere fundacionalmente –esto es, para que se constituya la comunidad mediante la instauración de un orden que a nivel institucional cristalice simbólicamente la estructura social que así, codificándose, se estabiliza y perpetúa– se requieren mecanismos merced a los cuales su pretensión nómica reciba expresión material en la práctica que busca regular. En concreto, debe contar con instrumentos de *normalización* del (inter)actuar social; dispositivos a través de los cuales la correspondencia entre lo que Durkheim llama el tipo psíquico

²²⁴ Cfr. DERRIDA, J. 1990., *op. cit.*, pp. 97-8.

²²⁵ BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, pp. 74-5 [Destacado agregado].

colectivo y el tipo psíquico particular de quienes conforman la colectividad pueda establecerse (es decir, imponerse)²²⁶. Hablar de control social es hablar, por tanto, de *disciplinamiento* del comportamiento humano en sociedad²²⁷. El propósito de *normación*, la pretensión del derecho instituido de regular *de facto* la interacción, supone una pretensión *normalizadora* operativa merced al rol directivo-imperativo de sus preceptos: la conducta correcta –y, por ende, “normal”– es aquella que guarda coherencia con los patrones normativamente establecidos como tales –y, por ende, como “normales”–²²⁸. Como señalamos, para lograrlo ha de organizar intra-institucionalmente herramientas de normalización que adapten la subjetividad de los individuos sobre los que aspira a regir coactivamente al modelo de subjetividad instituida. Estos instrumentos son los que, en general, se agrupan bajo la categoría de *control social*:

Bajo el concepto de control social se comprenden los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse de la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la sociedad responde a sus transgresiones.²²⁹

Si, como hemos repetido, la realidad instituida se disocia en su objetividad de la contingente convergencia discursiva de subjetividades en que consiste la voluntad instituyente; se sigue que ese *nomos* instanciado (particularizado) en *normas* –preceptos que pretenden incidir sobre la conducta de los sujetos *normándola*– ha de operar y ser subjetivamente aprehendido como exterioridad coercitiva, imposición heterónoma o coactiva. De ahí emana la violencia de la operación de conservación. Como advierte Muñoz Conde²³⁰, la violencia es una propiedad característica de toda institución; toda institución es,

²²⁶ Cfr. DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 123-4; DURKHEIM, É. 1922., *op. cit.*, pp. 52-4.

²²⁷ MUÑOZ CONDE, F. 1985., *op. cit.*, p. 36 [Destacado agregado].

²²⁸ En la medida en que la *normalidad* no es sino una *normatividad* –discursivamente– naturalizada, la dimensión de *normalización* presupuesta en los mecanismos de (re)encauzamiento de la desviación, es al mismo tiempo una operación de *moralización*. Volveremos sobre esto al momento de analizar la teoría que le asigna a la pena una función pedagógica. Véase *infra*. §III.2.6.

²²⁹ BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H., *op. cit.*, p. 15.

²³⁰ MUÑOZ CONDE, F. 1985., *op. cit.*, pp. 18; 33.

por lo tanto, “institucionalización de la coacción”. Podría afirmarse entonces que, por derivación, “la coacción organizada es el rasgo típico del derecho”²³¹.

La realidad instituida es por definición una realidad coactiva²³². El orden instituido existe (subsiste), en tanto la facticidad particular sea sistemáticamente encauzada en sus categorías universales. En la medida en que, según vimos, entre esas categorías y la realidad categorizada no puede sino existir un irreductible vacío, el acto de categorización aplicativa discurre sobre una conmensurabilidad inexistente y se materializa, por ende, en un tránsito marcado por la violencia. Este forzado “encajar” las diferencias materiales en la mismidad inmaterial de las formas institucionalizadas, es un acto de coacción. Al accionar subjetivo se le impone un modelo objetivo que lo dirige en la dirección instituida, es decir, que lo *controla*. La capacidad de la institución de ejercer ese control concentra lo que, siguiendo a Foucault, podemos denominar su *poder*:

Lo que define las relaciones de poder es un modo de acción que no actúa directa e inmediatamente sobre los otros. En cambio, actúa sobre sus acciones: una acción sobre una acción, sobre acciones existentes u otras que pueden suscitarse en el presente y en el futuro. [...] El ejercicio del poder consiste en guiar las posibilidades de conducta y disponerlas con el propósito de obtener posibles resultados. Básicamente, el poder es menos una confrontación entre dos adversarios, o el vínculo de uno respecto del otro que una cuestión de gobierno. [...] El ‘gobierno’ no se refiere sólo a estructuras políticas o a la dirección de los estados: más bien designa la forma en que podría dirigirse la conducta de los individuos o de los grupos [...] Gobernar, en este sentido, es *estructurar un campo posible de acción de los otros*.²³³

²³¹ Véase *supra*. §II, 1.1.2. Cfr. NOVOA MONREAL, E., *op. cit.*, pp. 101-3.

²³² “Las instituciones que requiere el Estado deben ineludiblemente ser instituciones coactivas, fincando en ello, primordialmente, la *coerción física* del Estado”. (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§8] 50 [Destacado original]).

²³³ FOUCAULT, M. 1979. El sujeto y el poder. *En*: DREYFOUS, H. L. y RABINOW, P. 2001. Michel Foucault: Más allá del estructuralismo y la hermenéutica. Buenos Aires. Nueva Visión. p. 254 [Destacado agregado]. Se sigue de esto que “no hay una confrontación cara a cara entre poder y libertad, que sea mutuamente exclusiva (la libertad desaparece allí donde se ejerce el poder) sino una interrelación mucho más compleja”. Ello porque “[e]l poder se ejerce solamente sobre sujetos libres que se enfrentan con un campo de posibilidades en el cual pueden desenvolverse varias formas de conducta, varias reaccio-

El conjunto de mecanismos a través de los que esta coacción se ejerce, conforman el aparato de control social. En la medida en que se encuentra implícita en la operación integradora del derecho, esta operación se justifica en términos puramente instrumentales, esto es, merced a su funcionalidad de cara a la materialización de la finalidad genérica que define la institución en que se inscribe. La coacción propia de la violencia conservadora encarnada en estos dispositivos de control social, es una dimensión subordinada a la función de integración que cumple el derecho en su globalidad. El control social sólo apunta a su función *inmediata*; la función *mediata* que en última instancia la justifica, remite a la finalidad socio-política que fundamenta la operación instituyente cuyo fruto, la realidad instituida, se busca conservar mediante el control coactivo de la desviación, esto es, como dijimos, a la función de integración.

Se sigue que, tratándose de una operación subordinada y analíticamente derivable del concepto de integración antes expuesto, otorgarle un tratamiento demasiado extenso se traduciría en la innecesaria reiteración de ideas ya desarrolladas al analizar la función instituyente. Por consiguiente, a continuación sólo apuntaremos un par de aspectos relevantes para captar la conexión entre la coacción del control social y la cohesión perseguida por la finalidad de integración –*telos* del derecho y ciertamente también del derecho penal–. Establecido este nexo, podremos concentrarnos en revisar la pena como tal. Entonces, su estatus de dispositivo de control social podrá comprenderse en su dimensión de subordinación e instrumentalidad de cara a la función de integración que justifica la institución en cuyo seno adquiere sentido y justificación.

nes y diversos comportamientos. Donde determinados factores saturan la totalidad, no hay relaciones de poder; la esclavitud no es una relación de poder cuando el hombre está encadenado (en este caso se trata de una cuestión de relaciones físicas de constricción).” (*Ibid.*, pp. 253-4). Esto remite a lo que en su momento denominamos “poder simbólico”; como sostiene Pérez Soto: “Cuando se trata de seres humanos no hay más poder que este. *El único poder real y efectivo es el que obtiene obediencia desde nosotros mismos.*” (PÉREZ SOTO, C. 2008., *op. cit.*, p. 85 [Destacado agregado]). Véase *supra*. §1.1.4.2.

1.3.2. Control social, derecho penal y pena

La subsistencia del orden instituido depende parcialmente de su capacidad de lograr que la fuerza instituyente que subterráneamente lo sostiene se desplace con fluidez, que el cauce la direcciona eficientemente, reduciendo el roce sin perder el control. La efectividad del direccionamiento depende así, en su dimensión positiva, de la relativa congruencia entre la orientación propia del flujo y el curso impuesto por las formas instituidas. La necesidad de este mínimo de transparencia remite a la dimensión de validez pero desde una perspectiva funcional: recurso instrumental hacia el problema de la legitimidad del orden en tanto factor idóneo para salvaguardar *de facto* su estabilidad. Y aquí la dimensión de validez no aparece *necesariamente* como discurso *post-hoc* de legitimación –por ejemplo, como encubrimiento retórico-ideológico de las relaciones de dominación–²³⁴. Antes bien, cabe afirmar que la coherencia entre la fuerza instituyente y la trayectoria trazada por el cauce instituido tiene la capacidad de consolidar el equilibrio del orden de modo directo; maximiza la eficacia de la fuerza prescriptiva de los cánones institucionales sin la mediación de un discurso externo estratégicamente confeccionado para obtener el reconocimiento colectivo de su validez. Sin descartar lo anterior, debe admitirse la posibilidad de que este reconocimiento emane directamente de la validez del

²³⁴ No se niega que de hecho sea así y que efectivamente estemos en presencia de discursos de legitimación deliberadamente articulados por grupos los hegemónicos con objeto de controlar la subjetividad de los dominados para perpetuar su dominación. Lo que se afirma es que no existe *necesidad* conceptual de que así sea; se trata de un fenómeno históricamente determinado y, por lo tanto, contingente. Empero, cabe señalar que, a nuestro juicio, esta forma de razonamiento (por mucho tiempo dominante en cierta vertiente marxista que adopta un prisma (neo)colonialista de análisis muy extendido, por ejemplo, en la Latinoamérica de los sesenta-setenta) tiende a reducir arbitrariamente el campo de operación del problema de la legitimación a un esquema de relación psicológica de dominación hoy en día poco sostenible, al menos planteado como explicación exhaustiva del fenómeno. Como señalamos, si bien la legitimación constituye en efecto una construcción *post hoc* destinada a re-significar la violencia originaria, la mecánica en que ésta retroactivamente se introduce en la estructura del evento fundacional, impide establecer un simple deslinde diacrónico entre el momento en que materialmente se ejerce la violencia y aquel en que artificialmente se construye un discurso orientado a justificarla.

precepto; éste puede estar internamente dotado de legitimidad, y esta capacidad del derecho de auto-legitimarse le permite prescindir funcionalmente de discursos extrínsecos para garantizar la eficacia de su rol directivo. Esto remite al momento instituyente en que ambas magnitudes se cruzan y, al menos por un instante, se funden en una sola. Más concretamente, remite a la génesis del derecho, a su condición de derecho positivo, convencionalmente instituido, y a su potencialidad de constituirse en instrumento colectivo para el ejercicio de la autonomía política; es decir, remite al problema de la legitimidad visto en sus propios términos (y no, como aquí, desde la vereda de la facticidad). La congruencia entre el orden instituido y la fuerza instituyente –en última instancia: el problema de la *justicia* del orden instituido– posee significativos efectos sobre la determinación fáctica de la conducta social, ya por el hecho de ser comprendido por sus destinatarios como un orden auto-impuesto.

En el plano del derecho, la coherencia entre ambas magnitudes no puede limitarse al acto constituyente. En efecto, históricamente la referencia a ese “origen” aparece siempre envuelta en velos míticos, lo que sugiere su interpretación como discurso *post-hoc* de legitimación. Ahora, si dicho recurso es necesario, el único modo de disolver su sospechosa connotación de dispositivo *ad-hoc* de mitificación, es que el origen, la fuerza instituyente, se mantenga siempre visible y activa, legitimando *in actu* el orden creado; es decir, validando tanto la creación del orden como su constante re-creación que tiene lugar en su operación como derecho instituido. Así, el origen es sistemáticamente re-creado a un nivel más básico pero esencial en cada acto de legislación y aplicación del derecho instituido²³⁵.

²³⁵ De ahí el problema de la legitimidad (democracia-autonomía) a través de la legalidad (derecho positivo-contingente-convencional). Como señala Mañalich: “la legitimidad de las normas de comportamiento punitivamente reforzadas, en el marco de un Estado democrático de derecho, sólo puede reconducirse al modo de producción legal.” (MAÑALICH, J. P. 2010a., *op. cit.*, p. 105). Véase al respecto: HABERMAS, J. 1987., *op. cit.*; KINDHÄUSER, U. 1995., *op. cit.*, pp. 98 y ss.

Ahora bien, una vez que el orden ha sido instituido la sola comunicación de su vigencia resulta insuficiente para asegurar la efectividad de su observancia. Se torna, por ende, imprescindible establecer dispositivos que permitan transitar desde la universalidad abstracta de la esfera simbólica-discursiva hacia la práctica. Según vimos, ese tránsito particularizador se inicia a través de *normas jurídicas* en que los modelos generales se instancian y expresan en forma de específicas directivas de conducta. Empero, si la relación descrita congruencia relativa entre la (inter-subjetiva) voluntad instituyente y la (objetiva) voluntad instituida particularizada en las normas, denota un fenómeno contingente y, en todo caso, precario e irreductiblemente incompleto –merced al desacoplamiento reificante que, como afirmamos, conlleva toda institucionalización–, la obediencia voluntaria a sus preceptos –basada en el reconocimiento de su validez– será siempre parcial y la desviación inexorablemente emergerá. Por tanto, si la observancia de las normas –función inmediatamente directiva– y del orden institucional que las crea –función mediatamente integradora– ha de garantizarse, se requieren mecanismos adicionales aptos para asegurar fácticamente su vigencia general frente a los actos particulares que las transgredan.

Ciertamente, la esfera de operación de los mecanismos de control social trasciende con creces el campo de lo jurídico, extendiéndose a un sinnúmero de prácticas colectivas con la condición de que se encuentren institucionalmente organizadas²³⁶. El control

²³⁶Como ya señalara Feuerbach: “Queda fuera de duda que las instituciones éticas (educación, enseñanza, religión) no están excluidas, puesto que configuran el fundamento último de todas las instituciones coactivas y condicionan su eficacia.” (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§10] 51 n. 1). En el mismo sentido, casi dos siglos después, para Hassemmer y Muñoz Conde: “Igual que en la Administración de Justicia penal, también en las demás instituciones de control social se encuentran estos tres elementos básicos, norma, sanción y proceso: en la definición y corrección de la conducta desviada en la escuela, la familia, la vecindad o el lugar de trabajo, en un partido de fútbol o en el tráfico automovilístico, durante la celebración de un espectáculo, dentro de un hospital o de una cárcel.” (HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 115). Así también, entre otros, BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H., *op. cit.*, p. 15; MUÑOZ CONDE, F. 1985., *op. cit.*, p. 37; GARRIDO MONTT, M., *op. cit.*, pp. 25-6; CURY, E., *op. cit.*, p. 62. Todas estas instituciones desarrollan mecanismos de control social y toda institución comporta la asignación de roles a los actores que la integran a partir de los cuales éstos configuran su propia subjetividad que, de este modo, evidencia su génesis socialmente mediada. Estamos, por ende, ante lo que Althusser

social adquiere sentido en el marco de una institución; constituye un mecanismo para la salvaguarda de las normas (constitutivo-regulativas) sobre las cuales se sostiene y, con ello, de la identidad del colectivo que organiza y de sus miembros, quienes articulan su propia subjetividad merced a su identificación con la subjetividad colectiva instituida. En palabras de Muñoz Conde:

El control social es una condición básica de la vida social. Con él se aseguran el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafácticamente²³⁷, en caso de su frustración o incumplimiento con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento. El control social determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo, al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros.²³⁸

Como se observa, la función del aparato de control social es básicamente la afirmación y el afianzamiento de las normas identitariamente esenciales para el respectivo grupo social²³⁹. Su actuación no se limita, por tanto, al *re-establecimiento* de la vigencia de la norma una vez que ésta ha sido lesionada por la conducta que transgrediéndola la desautoriza; sino que se encuentra operativa ya antes –desde el momento mismo de la instauración de la institución y la formulación de sus reglas, y por todo el tiempo que el orden subsista– en dispositivos que persiguen *establecer* la conformidad entre la subjetividad individual y la socialmente consagrada como correcta con antelación a la emer-

denomina “aparatos ideológicos del Estado”: aparatos religiosos, escolares, familiares, jurídicos, políticos (el sistema político, los partidos políticos, etc.), sindicales, de información (prensa, radio, televisión, etc.), culturales (literatura, bellas artes, etc.), etc. Si “la ideología interpela a los individuos en cuanto sujetos”, lo hace a través de estos aparatos: “Diremos entonces, tomando en consideración un sujeto (tal individuo), que la existencia de las ideas de su creencia es material en cuanto sus ideas son actos materiales insertos en prácticas materiales normadas por rituales materiales definidos por el aparato ideológico material del cual derivan las ideas de este sujeto”. ¿Cuál es la función de estos aparatos ideológicos del Estado? Para Althusser: asegurar la reproducción de las relaciones de producción; cuyo equivalente en nuestra terminología sería la función de conservar las asimetrías de poder que la estructura social define y que su institucionalización (jurídica) salvaguarda. (ALTHUSSER, L., *op. cit.*, pp. 115-6; 138; 137 [Destacado original suprimido]; 120)

²³⁷ Sobre el concepto de “estabilización contrafáctica”, véase *infra*. §III.2.7.

²³⁸ MUÑOZ CONDE, F. 1985., *op. cit.*, p. 36.

²³⁹ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 115.

gencia de la desviación. Estamos ante mecanismos de *subjetivación-socialización*²⁴⁰ cuya misión es “inducir en el individuo las significaciones del mundo social, que las internalice como realidad y que participe de la dialéctica social”²⁴¹:

[Los mecanismos sociales dirigidos a obtener la aceptación del sistema de valores del orden social] tienen como objetivo común que el individuo internalice esos valores hasta el punto de aceptarlos como propios y que en sus relaciones sociales se comporte conforme a dichos valores. La interiorización de esos valores habrá de generar en el individuo controles internos. Estos controles internos desarrollados por el individuo a partir de la aceptación de los valores sociales condicionarán un comportamiento conforme a la norma social, esto es, comportamientos que se corresponden con los que precisamente se esperan de él.²⁴²

Empero, como hemos visto, la internalización subjetiva de las pautas de (inter)acción objetivadas en la institución e instanciadas en sus directrices de conducta, resulta *de facto* insuficiente: la desviación siempre emergerá²⁴³. Paralelamente al “control social de acción” desarrollado a través de dispositivos de *socialización*, se requieren mecanismos de “control social de respuesta o reacción”²⁴⁴ que, *ex post* a su violación,

²⁴⁰ Véase *infra*. §III, 2.6.

²⁴¹ BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H., *op. cit.*, p. 17.

²⁴² *Ibid.*, p. 16. En palabras de Muñoz Conde: “La norma penal, el sistema jurídicopenal, el Derecho penal como un todo, sólo tienen sentido si se les considera como la continuación de un conjunto de instituciones públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, etc.) cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar para la convivencia a los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento.” (MUÑOZ CONDE, F. 1985., *op. cit.*, p. 37).

²⁴³ “El establecimiento normativo de máximas de acción distributivamente ventajosas es insuficiente por sí sólo. Resulta asimismo necesario, precisamente, crear certeza en el sentido de confianza fundamentada en cuanto a que todos [...] seguirán la norma.” (KINDHÄUSER, U. 1989., *op. cit.*, p. 23). Como señala Mañalich, siguiendo a Kindhäuser, “toda norma de comportamiento es necesariamente inestable desde el punto de vista de su seguimiento generalizado, en la medida en que si sus destinatarios se comportan de modo estratégicamente racional, para cada uno de ellos resulta individualmente más ventajoso no seguir la norma” (MAÑALICH, J. P. 2010a., *op. cit.*, p. 74). Para una explicación de fenómeno de la inobservancia social que determina la consustancial inestabilidad de normas por hipótesis legítimas, véase también: KINDHÄUSER, U. 2006., *op. cit.*, pp. 157 y ss.

²⁴⁴ La distinción entre “control social de acción” y “control social de respuesta o reacción” se encuentra en BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H., *op. cit.*, pp. 16-9. Nótese que la misma clasificación se encuentra implícita en Feuerbach: “Las instituciones que requiere el Estado deben ineludiblemente ser instituciones coactivas, fincando en ello, primordialmente, la coerción física del Estado, que procede a cancelar las lesiones jurídicas de una doble manera: I) *Con anterioridad*, cuando impide una lesión aún no

salvaguarden la vigencia de la norma merced a la represión de la desviación y a la *re-socialización* normalizadora del sujeto que la protagoniza.

Para ello las normas, junto con establecer los cánones de comportamiento correcto, correlativamente definen las conductas incongruentes con ellos como “desviación” – y entre ellas, algunas como “delito”– e incorporan sanciones –entre ellas la “pena”–: dispositivos de re-afirmación de las definiciones institucionales frente a conductas divergentes. Ahora su violencia se torna explícita; el orden instituido opera en sentido directamente excluyente: neutralizando la fuerza potencialmente instituyente o reprimiendo la simplemente incompatible con lo social instituido para suprimirla o reincorporarla a sus cauces formales. Aparece entonces la operación de *control social* en su sentido *inmediatamente* negativo y, en su interior, la *pena*²⁴⁵.

Si, como bien señala Liszt, la pena *es* coacción²⁴⁶, esta dimensión de su operación se encuentra de inicio a fin inscrita en una dinámica más amplia teleológicamente configurada de acuerdo al efecto de integración social que define la función genérica del derecho penal y, *a fortiori*, la función mediata de todos los instrumentos que con dicho fin habrán de articularse institucionalmente en su interior. El control que por su intermedio se ejerce adoptará siempre la apariencia de una imposición externa, heterónoma, porque el sustrato material que –por hipótesis– lo valida resulta mediatizado y opacado por la formalidad de las normas que en lo inmediato justifican la operación coercitiva que a través de la pena impone su observancia. Pero, como intentaremos mostrar, es posible reconstruir un enlace entre la función inmediata de la pena como mecanismo de

consumada [...]; II) *Con posterioridad* a la injuria, obligando al injuriante a la reparación o a la reposición.” (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§10] 51 [Destacado agregado]).

²⁴⁵ Sostener, como sostenemos, que la pena debe entenderse como artefacto funcionalmente subordinado a la finalidad de integración social de la institución en la que existe, supone –como más adelante veremos– que la operación en que se manifiesta como *negación* ha de entenderse inscrita en un proceso de naturaleza en última instancia *afirmativa*. Por tanto, su dimensión de *negación*, en tanto función *inmediata*, debe entenderse como eslabón de una función *mediatamente afirmativa*. Véase *infra*. §III.3.3.

²⁴⁶ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 111.

control social y la operación mediata de integración que justifica al derecho penal. Este nexo puede ser sintéticamente anticipado en tres pasos:

(a) la sanción (pena) que refuerza la eficacia de la prescripción se subordina instrumentalmente a la norma que la establece;

(b) la norma (jurídico-penal) se justifica funcionalmente por su capacidad de favorecer la materialización práctica de los patrones de conducta definidos por la institución en que se inscribe; y

(c) la institución (el derecho penal) determina el contenido de esos patrones en virtud de la adscripción convencional de valor que tiene lugar en la operación instituyente en que se origina y justifica la función integración social.

§ III. FUNCIÓN DE LA PENA

Se dice que no hacemos sufrir al culpable por hacerlo sufrir; no es menos verdad que encontramos justo que sufra.

E. Durkheim (1893)

1. Introducción. Sobre la justificación funcional de la pena: violencia útil

Si existe un punto en que el consenso entre los teóricos del derecho penal es prácticamente absoluto, es en reconocer que la imposición de la pena supone en algún sentido un *mal*¹. Christie tiene el mérito de ser particularmente explícito al respecto:

¹ A modo de ilustración del señalado consenso: “Consideramos, en primer lugar, que la pena es un mal y puede ser de distinta naturaleza según afecte a la vida, al cuerpo, la propia estima o el patrimonio; este mal puede consistir en un trabajo forzoso o en sufrir algún daño.” (DIDEROT y D’ALAMBERT. 1751-1765. Artículos políticos de la Enciclopedia. Barcelona. Altaya (1998). pp. 132-3); “La pena debe consistir en infligir un verdadero mal al infractor” (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§137] 109); “La pena debe representar para el que ha de sufrirla un *sentimiento de desagrado*. Las medidas que no tienen ese fin no son, pues, penas; aunque causen, en realidad, un dolor al sujeto en quien recaen.” (BELING, E. v. 1930. Esquema de Derecho Penal. En: Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo. Buenos Aires. Librería “El Foro” (2002). p. 25 [Destacado original]); “La pena en sentido estricto es, según el derecho en vigor, *imposición de un mal proporcionado al hecho*, esto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible cometido.”; “La pena es [...] la imposición querida de un mal” (MEZGER, E. 1955., *op. cit.*, pp. 353 [Destacado original]; 372. También: *Ibid.*, p. 379); “La pena es un mal que se dicta contra el autor por el hecho culpable”, “la pena no debe ser entendida solamente en lo que respecta a su sentido, sino también ser vivida y sentida como mal” (WELZEL, H. 1956. Derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Depalma. pp. 233; 234); “[La pena] [t]iene

...el castigo como lo impone el código penal es la imposición consciente de dolor. Se supone que los que reciben un castigo han de sufrir; si en general lo disfrutaran, sería necesario cambiar el método. Las instituciones penales se esfuerzan para que los que reciben las sentencias reciban algo que los haga infelices, algo que los lastime.²

Lo usual es que el consenso termine aquí; en una simple constatación fáctica: “el castigo, de hecho, supone la imposición de un mal”. Con este reconocimiento el jurista se hace cargo de una realidad que a ojos de cualquiera se muestra incontestable, a saber, que la pena supone el explícito recurso a la violencia. Resulta inverosímil y “científicamente” insostenible negar un hecho tan evidente. El jurista se ve impelido a admitirlo como un dato objetivo. Empero, en esto hay algo más que metódico rigor científico, algo

que entrañar dolor u otras consecuencias normalmente consideradas no placenteras.” (HART, H. L. A. 1968., *op. cit.*, p. 165); “La pérdida de la vida, de la libertad, de bienes materiales y el sufrimiento son *males* [...]. Ahora bien, cuando describimos la acción de una persona –digamos, A– sobre otra persona –digamos, B– como un castigo, parte de lo que queremos significar es que A inflige a B alguno de esos ‘males’.” (RABOSI, E. A., *op. cit.*, p. 6 [Destacado original]); “Pena es un mal que impone el legislador por la comisión de un delito” (MUÑOZ CONDE, F. 1975., *op. cit.*, p. 69); “En el derecho positivo [...] la pena es un mal que se impone en cuanto tal mal *como respuesta* a la comisión de un delito.” (MIR PUIG, S. 2003., *op. cit.*, p. 79 [Destacado original]); “[L]a imposición de un castigo dentro del marco de la ley significa causar dolor, dolor deliberado” (CHRISTIE, N. 1981. Los límites del dolor. México D. F. FCE (1988). p. 7); “... ‘pena’ significa la *irrogación de un mal* como expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso.” (KINDHÄUSER, U. 1989., *op. cit.*, p. 17 [Destacado agregado]); “Intrínsecamente, [la pena] es una pérdida o menoscabo de derechos personales que sufre el autor de la transgresión. Mirado exclusivamente desde el punto de vista del delincuente, la pena puede ser considerada un *mal*.” (ETCHEBERRY, A. 1997. Derecho penal. Tomo primero. Parte general. 3ª ed. Santiago. Jurídica de Chile (1999). p. 30 [Destacado original]); “Por naturaleza la pena es un *mal*, toda vez que importa una limitación o privación de uno o más derechos inherentes a la persona, como su vida, su libertad, su patrimonio u otros.” (GARRIDO MONTT, M., *op. cit.*, p. 70 [Destacado original]); “La privación de medios de interacción del infractor de la norma [en que se materializa la pena] tiene lugar como violencia.” (JAKOBS, G. 1998. Sobre la teoría de la pena. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. p. 24. También: JAKOBS, G. 1991. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Madrid. Marcial Pons (1995). p. 9); “La pena [...] no compensa el mal de la víctima, sino que, al menos *prima facie*, produce un nuevo mal: la pena es, pues, lo contrario de la indemnización condenatoria civil; es la ordenación querida de un mal.” (LESCH, H. H. 1999. La función de la pena. Bogotá. Universidad Externado de Colombia (2000) pp. 13-4); “En el Derecho penal se trata, como los penalistas señalan sin disimulo alguno, de la imposición de un mal” (HASSEMER, W. 2003., *op. cit.*, pp. 29-30); “Con respecto a lo que la pena *es*, como restricción coactiva de derechos, ésta se concibe, esencialmente como un *mal* que se impone por el Estado a un individuo.” (ALCÁCER GUIRAO, R. 2004., *op. cit.*, p. 34 [Destacado original]); “La pena es un *mal* diseñado en general, y debe constituir un *sufrimiento* para ser reconocida como pena.” (VALENZUELA SALDÍAS, J. 2010. La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena. Revista de Derecho XXIII(1) (2010): 259 [Destacado agregado]).

² CHRISTIE, N., *op. cit.*, p. 20.

más que el mero registro de una propiedad inequívocamente presente en la facticidad del objeto de estudio: por regla general, del reconocimiento de la violencia inherente al castigo se extraen consecuencias de índole ética. Advertir que la pena consiste en la deliberada causación de sufrimiento equivale a admitir que el cotidiano operar de un instrumento perfectamente asentado en el ordenamiento jurídico supone la ejecución de actos *prima facie* contradictorios con el mismo sistema moral sobre el que el ordenamiento jurídico se cimienta³. Emerge entonces aquella incomoda sensación de ambigüedad ética ligada a la sospecha de que el castigo mantendría “turbios parentescos” con el delito que dice castigar⁴. Reconocer que la pena constituye un mal implica reconocer en ella un germen de inmoralidad que requiere de algún modo neutralizarse si la institución ha de justificarse⁵.

De esta suerte, el razonamiento generalizado en la doctrina procede de un modo estándar: (a) se constata que *de facto* la pena constituye un mal –demostrando la cientificidad de la aproximación cognoscitiva–; (b) se admite que, dada su condición de mal, la pena es *prima facie* un acto éticamente reprochable que demanda, por tanto, de una justificación normativa que lo legitime –demostrando la integridad moral del teórico–. Por lo

³ “Matar intencionalmente a alguien, privarlo de su libertad, quitarle algo que le es preciado, hacerlo sufrir física o psíquicamente son acciones que merecen, en situaciones standard, *reprobación moral*.” (RABOSSI, E. A., *op. cit.*, p. 6 [Destacado original]); “[C]ausamos dolor intencionalmente. Pero no nos agrada hacerlo. Nuestra elección de las palabras neutralizantes nos engaña; la fría forma en que describen los profesores de derecho las cualidades del sufrimiento deliberado indica lo mismo. No nos agrada hacerlo porque *causar dolor intencionalmente discrepa gravemente de otras actividades básicas de nuestra sociedad*.” (CHRISTIE, N., *op. cit.*, p. 24 [Destacado agregado]). Según Vecchio, “el infligir dolor a otros, aun bajo la especie de retorsión, no puede ser un fin lícito por sí mismo a luz del supremo ideal ético” (VECCHIO, G. d. 1952. Sobre el fundamento de la justicia penal. Buenos Aires. Depalma. pp. 225-6, citado en: RIVACOBAY RIVACOBAY, M. d., *op. cit.*, p. 20).

⁴ FOUCAULT, M. 1975., *op. cit.*, p. 18.

⁵ En palabras de Hassemmer: “Sangre y violencia, sufrimiento y muerte, miedo y luto son dos caras de la misma moneda, es decir, el delito y la pena. Debido a esto el ser humano no sólo ha averiguado, descubierto, condenado y sancionado, sino que también se ha preguntado si es que no se puede romper el círculo vicioso del delito y la pena. *El sufrimiento de la pena no ha dejado en paz al ser humano* y puedo entender por qué.” (HASSEMER, W. 2003., *op. cit.*, p. 7 [Destacado agregado]). Problema ya advertido por Beccaria a propósito de la pena de muerte: “Parece un absurdo que las leyes, esto es, la expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, lo cometan ellas mismas, y para separar a los ciudadanos del intento de asesinar ordenen un público asesinato.” (BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 280).

general, acto seguido se concluye que (c) siendo un mal, la pena constituye un “mal necesario” o, según la famosa expresión, “una *amarga necesidad* en una comunidad de seres imperfectos como son las personas”⁶. Hay en este reconocimiento de parte del jurista un gesto en cierto sentido humanitario: la admisión de la maldad del castigo (a), seguida de la afirmación de su estatus éticamente problemático (b), expresaría su capacidad de “empatizar” con el castigado y compadecerse de su suerte. No obstante, opera luego (c) una inmediata relativización tácita de la problemática ética de esa violencia, mediante la reconducción de las causas que justificarían su ejercicio a una suerte de fatalidad derivada de la insuperable “imperfección humana”. En suma: se admite el hecho del sufrimiento; se conviene que exige justificación; se señala que ésta radica en su “necesidad”; para afirmar luego, resignadamente, que estamos ante una necesidad que, siendo “amarga”, es inextirpable en tanto emana de nuestra inmutable mas “imperfecta” naturaleza.

En ocasiones, como dijimos, el consenso termina aquí. En otros casos el jurista va más allá y, no conformándose con el recurso a la “imperfección humana”, desarrolla un modelo de justificación de la imposición de ese mal, es decir, explica por qué, siendo un mal, la pena es un “mal necesario”. Explicar la necesidad del castigo equivale en este caso a *justificarlo*⁷: entran en escena las teorías de la pena que más adelante revisare-

⁶ La expresión es de Schultz: “La pena no es un problema metafísico ni una realización moral, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son las personas.” (Citado en: ROXIN, C. 1977. La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena. En: ROXIN, C. 1981. Culpabilidad y prevención en derecho penal. Madrid. Reus. p. 98). Su empleo se popularizó luego de ser incorporada al Preámbulo del Proyecto Alternativo de un nuevo Código penal alemán (1966). Véase: MUÑOZ CONDE, F. 1975., *op. cit.*, p. 70; SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1992., *op. cit.*, pp. 14-5; ALCÁCER GUIRAO, R. 2004., *op. cit.*, p. 34); RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M. d., *op. cit.*, p. 10.

⁷ Como señala Bascuñán, para el discurso heredado de la Ilustración y el constitucionalismo, “el hecho de que el ejercicio del *ius puniendi* se concrete inevitablemente en la afectación de intereses individuales fundamentales [...] no implica sin más su ilegitimidad. [...] Desde su punto de vista esa afectación es legítima en la medida en que resulte *necesaria* para mantener la vigencia de un orden normativo legítimo.” (BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2007., *op. cit.*, p. 47 [Destacado agregado]). Así, en palabras de Beccaria, exponente por antonomasia del “paradigma clásico” al que alude Bascuñán, “aun cuando las penas produzcan un bien no por esto son siempre justas, porque para ser tales deben ser necesarias y una injusticia útil no puede ser tolerada por un legislador que quiere cerrar todas las puertas a la tiranía vigilante.” (BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 267). Esta posición alcanza consolidación histórica con la teoría de Liszt:

mos⁸. Aquí importa consignar que en el movimiento que va desde el reconocimiento de la pena como mal –a lo que se destina en general un escueto espacio– hacia el desarrollo de las teorías orientadas a justificarla –en general significativamente más extenso–, lo usual es que la dimensión de mal del fenómeno resulte absolutamente obliterada. Se admite su estatus violento como un dato intrínseco al objeto, como punto de partida que, de tan incontrovertido, parece avalar su ulterior desaparición como dimensión problematizable en el marco de un razonamiento que, inicialmente orientado a justificarlo, rápidamente lo olvida⁹.

Nosotros nos detendremos en esa dimensión. Si nuestra posición sobre la ubicuidad de la violencia al interior del derecho como aparato institucional funcionalmente orientado a la integración social y, en particular, sobre la violencia (conservadora) ejercida por la pena como instrumento coactivo para el control social de la desviación, nos hace parte del consenso que ve en el castigo una deliberada imposición de sufrimiento; nos parece que no cabe simplemente admitir este *factum* como una fatalidad. Si la pena de hecho es un mal, resulta plenamente lícito, necesario, y quizá urgente, preguntarse por qué. Su posible justificación no puede obviar la naturaleza violenta en que su ejecución se materializa; si pretende justificarla, ha de hacerse cargo del dolor que la pena inflige al penado, justificar el rol que éste desempeña de cara a la capacidad del castigo de cumplir la función social que avala su existencia.

A continuación revisaremos esta dimensión material en que el castigo se muestra como deliberada imposición de sufrimiento y, de esta suerte, se traduce en la reproduc-

“*Sólo la pena necesaria es justa*. La pena es, a nuestro juicio, medio para un fin. Pero la idea de fin exige adecuación del medio al fin y la mayor economía posible en su administración. Esta exigencia vale muy especialmente respecto de la pena, ya que se trata de una espada de dos filos: protección de bienes jurídicos a través de daño de bienes jurídicos. No es posible concebir un mayor pecado contra la idea de fin, que un dispendioso uso de la pena, como atentado contra la existencia corporal, ética y económica de un ciudadano, en situaciones en que no sea exigida por las necesidades del ordenamiento jurídico. Así, el dominio de la idea de fin es la protección más segura de la libertad individual contra aquellas crueles penas de tiempos pasados...” (LISZT, F. v., *op. cit.*, pp. 106-7 [Destacado agregado]).

⁸ Véase *infra*. §III.2.

⁹ Cfr. CHRISTIE, N., *op. cit.*, pp. 19-20; HASSEMER, W. 2003., *op. cit.*, pp. 7-8; 15-6.

ción procedimentalmente reglada desde el aparato institucional del derecho penal –con el respaldo del Estado y de la fuerza que monopoliza– de un acto de violencia cualitativamente homólogo a aquel que se propone castigar bajo el nombre de “delito”.

Ahora bien, de la posición teórica expuesta en el capítulo anterior, deriva una importante reserva de cara al consenso al que acabamos de adherir. Desde nuestro punto de vista, el sufrimiento inherente a la pena no denota lo que en sentido estricto puede denominarse su dimensión *material*. Desde el instante en que el castigo deja de concretarse en una afectación directa de la corporalidad del castigado, el sentido en que cabría reputarlo imposición de *dolor* no puede explicarse desde el punto de vista de su facticidad sino que exige la introducción de una dimensión simbólica. Sólo a partir ésta, la facticidad no desplegada directamente sobre el cuerpo del castigado puede resignificarse como imposición de un mal, dolor, sufrimiento o violencia. Dicho de otro modo, para hablar de la pena como sufrimiento desde una perspectiva estrictamente fáctica, la asignación de ese estatus debiese limitarse a los supuestos en que su ejecución determina causalmente que el penado sufra una experiencia fisiológica-neurológica susceptible de calificarse como “dolor”: la aplicación del concepto se restringiría exclusivamente a los castigos corporales y a aquellos que indirectamente incidan de manera lesiva sobre el cuerpo del penado. Apenas este nivel elemental de dolor físico es traspasado y se transita hacia supuestos de sufrimiento “psíquico”, la estricta facticidad del análisis deviene problemática, se hace sospechosa de introducir veladamente dimensiones de sentido difícilmente conciliables con la pretensión de objetividad científica que regulativamente preside el enfoque.

Bueno, nosotros nos inscribiremos de lleno en esta sospecha y renunciaremos a una pretensión científicista de esa índole, para sostener, en cambio, que ya la facticidad del tormento y la mutilación –por poner un ejemplo– se encuentra irreduciblemente envuelta de simbolismo, y que sólo a partir de la compenetración de ambas esferas el fenómeno adquiere la condición de violencia, para luego –en virtud del mecanismo de re-

significación retroactiva con que la violencia fundadora/conservadora del derecho opera— recibir un sentido alternativo, el sentido oficial (autoritativamente) adscrito desde el aparato institucional merced al cual el mismo violento hecho es re-calificado como “castigo”, esto es, como un acto normativamente justificado y, por tanto, en lo esencial, no-violento.

Se sigue que la distinción que postularemos entre la dimensión material y la dimensión simbólica del castigo es de naturaleza puramente analítica, es decir, que no cabe encontrar en la realidad un correlato de esa diferenciación teórica.¹⁰

El eje, por consiguiente, se sitúa en la dimensión simbólica en tanto de ella emana el estatus —en sentido estricto— violento de la faceta material. Pero ello en ningún caso resta problematicidad a esta última. Ocurre más bien lo opuesto: justamente en la medida en que la violencia de la facticidad con que opera la pena no denota un dato natural sino una dimensión de sentido subjetivamente articulada, es que esa violencia se torna un problema. Si fuese un hecho inexorable, fruto de una fatalidad, no quedaría más opción que la generalizada —y eventualmente “amarga”— resignación. En tanto se rechaza esa fatalidad; se reconoce su artificialidad, es decir, su condición de contingente producto histórico. Entonces, y sólo entonces, emerge la pregunta: ¿Por qué? ¿Por qué el castigo exhibe esa violencia? ¿Qué justifica que posea esa naturaleza?

La respuesta sólo puede alcanzarse explorando el modo en que las dimensiones que a continuación distinguiremos se entrelazan en forma de modelos de justificación del castigo. Revisaremos ambos aspectos; expondremos las teorías relativas a las funciones de la pena; luego intentaremos desarticular las dicotomías que estructuran dichas teorías para extraer los principios medulares que nos permitirán esbozar, por último y en

¹⁰ En el mismo sentido Feinberg sostiene que, si bien en la práctica la función de reprobación simbólica que —como más adelante veremos [véase *infra*. §III.2.2.2.]— asigna al castigo se encuentra siempre unida a su dimensión material de irrogación de mal [*hard treatment*], ello no impide que, con propósitos analíticos, ambas sean debidamente diferenciadas. (FEINBERG, J. 1965. *The Expressive Function of Punishment*. En: FEINBERG, J. 1970. *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*. Princeton. Princeton University Press. p. 98).

líneas muy generales, un esquema de justificación del castigo acorde a la función social que, según vimos, cumple en el seno de una institución como el derecho penal en concordancia con la operación que a éste último lo justifica como fragmento del derecho en general.

1.1. Desdoblamiento analítico de la práctica punitiva como objeto de estudio: facticidad y validez

1.1.1. Dimensión material: repetición desplazada de la violencia

Si la pena es un artificio institucionalmente construido, la forma que históricamente adopta se encuentra –al menos parcialmente– determinada por un juicio técnico sobre la eficacia instrumental de esa específica articulación de cara a los fines sociales que por su intermedio se busca alcanzar¹¹. Se sigue que el hecho de que la práctica punitiva se materialice en la imposición de un mal, no puede considerarse un dato accidental; antes bien, constituye un resultado deliberadamente perseguido por quienes articulan procedimentalmente la ejecución del castigo según imperativos de racionalidad instrumental: si el castigo ha de operar como castigo, se juzga necesario que su ejecución tenga esa capacidad de infligir sufrimiento al penado¹². A partir de la premisa de que la pena debe “infligir un verdadero mal”, Feuerbach deriva las siguientes consecuencias:

(1) Que el mal que el infractor considere un bien para sí no puede serle impuesto sin caer en contradicción con la intención de la ley; (2) Una pena no se debe ejecutar contra el criminal cuando éste se encuentre en un estado en que no pueda sentir la pena como un mal. La ejecución en cadáveres o en imágenes sólo se justifica cuando se la imponga como especial forma de infamia o como símbolo de que la ley penal que conmina debe ser satisfecha bajo cualquier circunstancia.¹³

¹¹ El saber que respalda el juicio técnico sobre el modo de configurar el castigo tradicionalmente ha residido en la criminología y en la penología.

¹² Como claramente indica Beling: “La pena debe representar para el que ha de sufrirla un *sentimiento de desagrado*. Las medidas que no tienen ese fin no son, pues, penas; aunque causen, en realidad, un dolor al sujeto en que recaen.” (BELING, E. v., *op. cit.*, p. 25 [Destacado original]) También, según vimos, Christie: “Se supone que los que reciben un castigo han de sufrir; si en general lo disfrutaran, sería necesario cambiar el método.” (CHRISTIE, N., *op. cit.*, p. 20).

¹³ FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§137] 109.

El castigo sólo adquiere el sentido que lo justifica en tanto se constituya en una herramienta capaz de causar sufrimiento, es decir, en tanto sea percibido por el castigado –y eventualmente por terceros espectadores del ritual punitivo– como imposición de dolor¹⁴. Las consecuencias inferidas por Feuerbach constituyen derivaciones teóricas que pavimentan el tránsito desde esta incuestionada finalidad abstracta –la necesidad de la pena de constituirse en eficaz causante de dolor– hacia una configuración práctica de su ejecución funcionalmente coherente con dicho fin.

Como se advierte, los requisitos que Feuerbach enuncia se centran en la capacidad del castigo de constituirse en un mal para quien lo soporta: si el castigado no *comprende* el castigo como mal y no lo *sufre* como tal, la pena carece de sentido¹⁵. Ahora bien, cuando acto seguido admite que bajo ciertas circunstancias su ejecución se extiende a objetos intrínsecamente incapaces de padecer sufrimiento (cadáveres o imágenes), sugiere que la comprensión subjetiva del castigo como mal trasciende el juicio individual de quien directamente lo experimenta para extenderse al de la generalidad de la sociedad: la articulación de la pena como artefacto generador de sufrimiento debe permitir la legibilidad general de dicho efecto¹⁶.

¹⁴ Que el castigo sea percibido como mal parece indisolublemente ligado a su concepto. Que lo sea no sólo por el penado sino también o alternativamente por terceros es, en cambio, un dato contingente, dependiente de la específica articulación entre la dimensión fáctica y simbólica que el concreto modelo de justificación de la pena postule. Tal como veremos a propósito de la teoría de la función inhibitoria, en el caso de Feuerbach esta percepción general es crucial: viene exigida por la operación de intimidación a través de la coacción psicológica que emana de la conminación penal que, a su juicio, justifica funcionalmente el castigo. Véase *infra*. §III.2.5.1.

¹⁵ Si la primera condición formulada por Feuerbach alude a la capacidad de *comprender* la pena como mal y la segunda *sentirlo* como tal, puede establecerse un cercano parentesco con la distinción propuesta por Welzel entre dos planos en que tienen lugar la operación de la pena: el *sentido* y la *impresión*: “La pena la sufre el autor y la presencian sus contemporáneos como personas, tomadas en su integridad, estructuradas con varias funciones, vale decir, en su función superior personal del conocer y querer, y en su función inferior de los instintos, aspiraciones y sentimientos. La naturaleza y la función de la pena solamente pueden ser entendidas en esa doble relación con la persona. La primera relación afecta el sentido entendible de la pena (problema del sentido de la pena); la segunda, a su fuerza de impresión, que se refiere a su vivencia (problema de impresión de la pena).” (WELZEL, H., *op. cit.*, p. 233).

¹⁶ Cuestión explícitamente postulada por Feuerbach por razones que, sin embargo, cabe reservar para el espacio dedicado a revisar su modelo [Véase *infra*. §III.2.5.1.] Por ahora basta con extraer las

Por el momento no interesa detenernos en las finalidades que en concreto se persiguen con una determinada organización del castigo¹⁷ sino advertir que en todo caso ésta adoptará la forma de una maquinaria orientada a producir dolor; constatar cómo en su calidad de medio exhibe una naturaleza intrínsecamente violenta, con independencia del fin hacia el que su particular configuración apunte. Debe señalarse empero que, si más allá del objetivo que persiga, el castigo siempre exhibirá una naturaleza violenta; la forma que esa violencia adopte si se encuentra condicionada por las específicas finalidades que se aspira alcanzar con *ese* modo de castigar.

Consecuencia de lo anterior es que en el seno de un saber relativo a las tecnologías del castigo, se produzca una significativa diversificación de las modalidades a través de las cuales esa genérica violencia habrá de instanciarse en un concreto caso –un concreto delito, concreto delincuente, etc.–. Esta diferenciación anuncia desde ya la insuficiencia de una mirada que para comprender la práctica punitiva se limite a constatar la facticidad de su violencia: la heterogeneidad de formas que adopta sólo puede explicarse correlacionando su articulación con las específicas finalidades que, trascendiendo la exterioridad de su ejecución, determinan funcionalmente su configuración. Empero, basta ahora con evidenciar la ubicuidad del dolor y el hecho de que el tránsito hacia el objetivo de causarlo la singular organización de su ejecución admite un significativo nivel de diferenciación o especialización que sólo cabe explicar de acuerdo a fines que no pueden sino escapar a los estrechos márgenes de su muda facticidad.

De esta suerte, siendo la pena un mal, el modo en que se realiza admite una pluralidad de variantes; en ocasiones una diversidad tal que a nuestros ojos resulta sorprendente. Baste como ilustración de lo anterior un texto de 1762 relativo a las modalidades de ejecución de *una* pena particular, la pena de muerte, en el marco de la práctica punitiva francesa:

consecuencias que a nivel abstracto se siguen de esta sugerencia en relación a la dimensión material que de modo transversal exhibe el castigo.

¹⁷ Véase *infra*. §III.2.

La pena de muerte natural comprende todo género de muertes: unos pueden ser condenados a ser ahorcados, otros a que les corten la mano o la lengua o a que les taladren ésta y los ahorquen a continuación; otros, por delitos más graves, a ser rotos vivos y a expirar en la rueda, tras haberlos descoyuntado; otros, a ser descoyuntados hasta que llegue la muerte, otros a ser estrangulados y después descoyuntados, otros a ser quemados vivos, otros a ser quemados tras haber sido previamente estrangulados; otros a que se les corte o se les taladre la lengua, y tras ello a ser quemados vivos; otros a ser desmembrados por cuatro caballos, otros a que se les corte la cabeza, otros, en fin, a que se la rompan.¹⁸

Un catálogo de métodos alternativos de imposición de sufrimiento como éste sin duda impacta, y lo hace sobre todo porque el modo en que se aborda obvia la dimensión ética desde la que surge nuestro instintivo rechazo a prácticas que hoy no podríamos sino calificar de un salvajismo y crueldad intolerables. Y es que en este marco el suplicio, la deliberada imposición de dolor sobre el cuerpo del penado, no puede considerarse expresión de abusos o excesos ocasionales; antes bien, su empleo se inscribe en procedimientos estrictamente reglados, fundados sobre un saber técnico racionalmente desarrollado. Como señala Foucault:

La muerte es un suplicio en la medida en que no es simplemente la privación del derecho de vivir, sino la ocasión y el término de una *graduación calculada de sufrimientos*: desde la decapitación –que lo remite todos a un solo acto y en un solo instante: el grado cero del suplicio– hasta el descuartizamiento, que los lleva al infinito, pasando por la horca, la hoguera y la rueda, sobre la cual se agoniza durante largo tiempo. La muerte-suplicio es un arte de retener la vida en el dolor subdividiéndola en ‘mil muertes’ y obteniendo con ella, antes de que cese la existencia, ‘the most exquisite agonies’ [la más exquisita de las agonías]. *El suplicio descansa sobre todo en un arte cuantitativo del sufrimiento.*¹⁹

* * *

¹⁸ SOULATGES, J. A. 1762. *Traité des crimes*. I. pp. 169-71, citado en: FOUCAULT, M. 1975., *op. cit.*, p. 41.

¹⁹ FOUCAULT, M. 1975., *op. cit.*, p. 43 [Destacado agregado].

Tal y como hemos señalado, más allá de la heterogeneidad de sus instanciaciones históricas es posible identificar un núcleo de sentido constante, una estructura invariable en la base de la práctica del castigo. Este continuo estructural subyacente a su variabilidad externa puede establecerse advirtiendo su inscripción en un aparato institucional como el derecho e identificando la función social que en su interior desempeña como instrumento de control social idóneo para garantizar la operatividad de la función general de integración social propia de la institución que lo regula. Esto supone –como vimos en el capítulo precedente– inscribir la violencia –en su dimensión fundacional-instituyente y conservadora-instituida– en el corazón del derecho. Y esto último con independencia de la mayor o menor explicitud con que reciba manifestación en los múltiples instrumentos de que dispone para el desempeño de su rol. Se sigue que la brutalidad que intuitivamente atribuimos a mecánicas de ejecución como la antes descrita, no debe llevarnos a suponer que existiría una solución de continuidad entre dichas modalidades históricas de organización de la pena (“bárbaras”) y las posteriormente desarrolladas hasta la actualidad (“civilizadas”)²⁰. La concreta articulación de la violencia varía de acuerdo a las necesidades funcionales de la época. El histórico retroceso de esas formas de crueldad no avala la hipótesis de un correlativo retroceso en la naturaleza violenta del castigo; evidencia sólo una mutación en los medios que se juzgan idóneos para alcanzar la misma finalidad que define su función social, función que en sí misma –en su mecánica formal y más allá de la materialidad de su contingente contenido (histórica, social y culturalmente determinado)– conserva su identidad y provee con ello de unidad al concepto de pena²¹.

²⁰ Compartimos a este respecto la posición de Durkheim: “[e]ntre la pena de hoy y la de antes no existe [...] un abismo”; “la naturaleza de la pena no ha cambiado esencialmente.”; ésta “ha seguido, pues, siendo para nosotros lo que era para nuestros padres.” (DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 103; 106; 105).

²¹ Véase *supra*. §I.1.1.

Lo anterior nos conduce a la anunciada insuficiencia del recurso a la facticidad del castigo para comprenderlo en su violencia. Y es que el punto de vista desde donde el castigo puede aprehenderse en su dimensión puramente material, es el de un observador externo y, desde la perspectiva de un sujeto que desconoce –o suspende metodológicamente su conocimiento de– las reglas constitutivas de la institución que organiza la práctica, el evento se muestra como una acción carente de sentido²². Como señala Girard: “[e]l observador alejado que asiste a una violencia colectiva sin participar en ella sólo ve una víctima impotente maltratada por una comunidad histérica”²³. Lo único que desde el exterior puede observarse es: (a) una *acción* (dotada de determinadas características –potencialmente calificable como “violencia”– de parte de un miembro de la colectividad que afecta un objeto cuya concreta identidad resulta en principio indeterminada –un interés abstracto X eventualmente localizable en un sujeto Y–); y (b) una *reacción* social organizada que se materializa en un *acto fenoméricamente indistinguible* del primero (y, por tanto, también potencialmente calificable como “violencia”; con la diferencia de que éste se encuentra deliberadamente dirigido contra un objeto en particular: el autor del primer hecho, *por ejemplo*²⁴).

Una posible forma de tornar inteligible esta sucesión de hechos es suponer que la colectividad presenta una aversión (racional o irracionalmente fundada) hacia hechos de cierta naturaleza (a) que le impide tolerarlos y la impele a ofrecer una respuesta (b). Entonces, si calificamos la primera acción como “violencia”, la segunda puede entenderse como una reacción estratégico-racionalmente articulada para suprimirla. Sin embargo, esta lectura *prima facie* plausible se ve obstaculizada por el hecho de que en sí mismos ambos actos son cualitativamente homólogos, es decir, ambos admiten calificarse como

²² Una descripción “desde el punto de vista conductista externo” carece de sentido “porque la descripción de la conducta manifiesta de las personas que trafican con dinero, propiedades, etc. [o que ejecutan o sufren un castigo], pasa por alto las estructuras que hacen posible la conducta.” (SEARLE, J. 1995., *op. cit.*, p. 24).

²³ GIRARD, R. 1982., *op. cit.*, p. 77.

²⁴ Mas *no necesariamente*; tal como más adelante veremos a propósito del modelo de castigo que opera merced a la mediación sustitutiva de la figura del “chivo expiatorio”. Véase *infra*. §III.2.3.

violencia; situación que conduce la explicación al absurdo. La premisa fáctica que da inicio al razonamiento rezaría: (a) tuvo lugar un acto de violencia irreversible – temporalmente circunscrito al pasado–. La premisa normativa contendría el juicio de la colectividad frente a la primera: (b) actos de esa naturaleza son indeseables y en lo posible deben erradicarse. La irracionalidad emerge al momento de derivar una conclusión directamente contradictoria con el enunciado normativo (b) que por hipótesis orienta la acción en la situación (a): (c) el mecanismo de reacción ideado para hacer frente a la violencia indeseada supone ejercitar la violencia indeseada. Por lo tanto, y como hemos sostenido, una interpretación que explique la pena exclusivamente como un mecanismo de *reducción* de la violencia no puede sostenerse: si el castigo exhibe la misma violencia que debiera suprimir no puede entenderse como un medio que la reduce sino, antes bien, como una acción que agrega a la violencia que dice combatir la violencia adicional que protagoniza²⁵.

Por consiguiente, si nuestra aproximación al castigo se basara solamente en su dimensión material, la única caracterización que admitiría es la de una réplica fenoménicamente indistinguible de lo replicado; acto que reproduce la violencia de la acción castigada desplazándola hacia un sujeto distinto²⁶. Externamente la pena no es más que eso: frente a un daño se responde añadiendo otro substantivamente equivalente distribuido de distinta manera. Repetición y desplazamiento. Repetición desplazada. Desde afuera, eso es la pena. Nada más. Si de este modo la práctica adquiere un sentido, éste difícilmente podría juzgarse “racional”²⁷.

²⁵ “Si B ha llevado a cabo una ofensa –es decir, si ha hecho algo malo– y si castigar a B implica infligirle un ‘mal’, parece irrazonable provocar un mal simplemente porque otro mal ha tenido efecto.” (RABOSSI, E. A., *op. cit.*, p. 7). Cfr. HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, pp. [§§99; 102] 185; 192; y JAKOBS, G. 1996. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. pp. 10-1.

²⁶ Cfr. JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, p. 10.

²⁷ Esta simplificada exposición del argumento de la irracionalidad de la pena como mero agregado de violencia, se basa en un concepto estrecho de *racionalidad* que la reduce a su dimensión de racionalidad estratégica, técnica, instrumental, tipo medio/fin. Se recurre a este argumento sólo como ejemplo. Lo importante aquí es constatar que la condición de réplica que a nivel fenoménico exhibe el castigo lo torna,

La pregunta es: ¿cómo a dos actos fenoménicamente equivalentes, el mal y la reacción desplegada a través de su repetición desplazada –actos no sólo externamente indistinguibles sino también, de acuerdo al mismo sistema axiológico que se cristaliza y conserva en el aparato institucional, homologables en su incorrección moral– puede adscribirseles un estatus tal que su equivalencia resulte absolutamente opacada por una dimensión de sentido que los diferencia tajantemente como hechos dotados de un significado normativo contrapuesto? Pese a la compartida violencia que en el plano fáctico exhiben crimen y castigo, el sentido que institucionalmente se asigna a cada esfera tiene como resultado su total disociación: mientras uno de los males –el del crimen– mantiene –o, en sentido estricto, adquiere– su estatus de “mal”; la maldad *prima facie* asociada a la violencia del castigo sufre una radical transformación a nivel simbólico al punto de invertir su significado: se torna en mal justificado, violencia justa o justicia violenta; en suma, se constituye en justicia sin más o, lo que para estos efectos es lo mismo, en “bien”.

Externamente la pena siempre viola los valores que, por su intermedio, el derecho penal defiende; sólo cambian los sujetos que reciben bienes y males²⁸. Se da enton-

antes que “irracional”, ininteligible. Ahora bien, esa modalidad de racionalidad no es por cierto ajena a la forma que históricamente adopta el castigo. Como señalamos, existe una “tecnología del castigo” que sin duda ejerce incidencia sobre la concreta articulación institucional que recibe la práctica punitiva. Así, por ejemplo, la condena de Beccaria a la pena de muerte (BECCARIA, C., *op. cit.*, pp. 274 y ss.) debe entenderse como un cuestionamiento a su racionalidad en términos de utilidad y necesidad más que como un juicio de índole estrictamente normativa, ética o, como suele decirse, “humanitaria”. Sobre la operación subyacente a la desaparición del suplicio como espectáculo público y contra la interpretación del gesto beccariano en términos de una progresiva humanización o morigeración éticamente impulsada del castigo, véase: FOUCAULT, M. 1975., *op. cit.*, pp. 11 y ss.

²⁸ Para Girard, “[h]asta las más extrañas aberraciones del pensamiento religioso siguen demostrando una verdad que es *la identidad del mal y del remedio en el orden de la violencia*”. Frente a ello – como veremos a propósito de la función expiatoria [véase *infra*. §III.2.3.]– “[s]ólo una trascendencia cualquiera, haciendo creer en una diferencia entre el sacrificio y la venganza, o entre el sistema judicial y la venganza, puede *engañar* duraderamente a la violencia”. (GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, pp. 44; 31 [Destacado agregado]). Según la expresión de Christie, el castigo supone un “reparto del dolor” [*pain delivery*]. Precisamente en virtud de su institucionalización o, en sus palabras, “[p]or medio de la elección de palabras, de las rutinas del trabajo, de la división del trabajo y la repetición”, la imposición de dolor “puede realizarse en un aislamiento inocente y sonámbulo del conflicto de valores” que no obstante, e inevitable-

ces una suerte de “alquimia” en que la mediación del derecho ostenta el poder (“mágico”) de transformar un mismo hecho violento, tal como el asociado al crimen en su maldad, en un benévolo acto de justicia normativamente irreprochable como sería el castigo penal. El punto está en comprender cómo se desnaturaliza la reprochabilidad que *prima facie* merece la operación de mero desplazamiento de una misma violencia, cómo su repetición se transforma en acto de justicia²⁹. Esta transfiguración sería a todas luces imposible si nos restringiésemos al análisis de una facticidad caracterizada precisamente por mantenerse estáticamente incólume pese a la radical inversión del sentido en que es subjetivamente aprehendida. Ésta ha de reposar, por ende, en la *dimensión simbólica* que en un acto de nominación constitutivo introduce a esa materialidad un específico sentido que la articula como el artefacto institucional “pena” y, por esta vía, la faculta para emprender el rol social que está llamada a desempeñar. En particular, como anunciamos, esta dimensión permitirá que *sobre* la facticidad del sufrimiento pero *más allá* de ella, la pena opere como dispositivo de control social en calidad de refuerzo del poder coactivo de la norma primaria de conducta orientada a la integración conservadora del orden jurídicamente institucionalizado.

mente, supone. De este modo “todo el asunto se ha convertido en el reparto de un producto”. (CHRISTIE, N., *op. cit.*, pp. 24-5).

²⁹ En términos de Rabossi: “¿por qué es moralmente preferible un mundo en que se dé el complejo *ofensa-castigo* a un mundo en el que sólo se dé la ofensa?” (RABOSSO, E. A., *op. cit.*, p. 7 [Destacado original])

1.1.2. Dimensión simbólica: transmutación funcionalmente mediada en no-violencia (pena)

Si ahorcar á un hombre en efigie pudiese producir la misma impresión de terror, seria locura ó crueldad ahorcarle en persona.

J. Bentham (1811)

Ética y estética son una y la misma cosa.

L. Wittgenstein (1921)

La naturaleza de la pena no puede reducirse a su sustrato de pura violencia. Para entender por qué, debemos volver sobre un tema ya tratado e insistir en que ya el empleo del adjetivo “violencia” resulta ambiguo: no existe la violencia como “hecho bruto”. El carácter violento de un fenómeno no es algo que pueda determinarse sólo a partir del mismo, no es un rasgo que pre-exista en su interior como una esencia a identificar mediante el desciframiento de los rasgos sintomáticos observables en su superficie. El dato incuestionable de que, en momentos y lugares distintos, un mismo fenómeno (la “violencia” –física, psicológica y/o sexual– contra la mujer en el marco de la relación conyugal, por poner un ejemplo relativamente incontrovertido) puede pasar de concebirse como una conducta normal, cotidiana y éticamente irreprochable, a juzgarse un acto de violencia ilegítimo, merecedor de la reprobación colectiva y del castigo institucionalizado, evidencia que el concepto “violencia” carece de una esencia estática que sirva de criterio invariable para evaluar supuestos de hecho históricamente variables. Más bien ocurre lo contrario: mientras los fenómenos se mantienen en lo medular iguales, son los

juicios que lo califican (o no) como “violencia” los que varían, y lo hacen en la medida en que el criterio que los sostiene también lo hace. Lo mismo puede decirse respecto a la pena, a saber, que la oscilación entre la comprensión del mismo sustrato fenoménico en que se materializa como “castigo” o alternativamente como “violencia”, no connota un rasgo esencial al fenómeno sino una calificación contingente, inconstante a través del tiempo. En palabras de Muñoz Conde:

La violencia es, desde luego, un problema social, pero también un *problema semántico*, porque sólo a partir de un determinado contexto social, político o económico puede ser valorada, explicada, condenada o defendida. No hay, pues, un concepto de violencia estático o ahistórico, que puede darse al margen del contexto social en el que surge. Tampoco hay una fórmula mágica, un criterio objetivo, válido para todo tiempo y lugar que nos permita valorar apriorísticamente la ‘bondad’ o ‘maldad’ de un determinado tipo de violencia.³⁰

La “violencia” de un fenómeno no es, por consiguiente, un predicado descriptivo en sentido estricto: alberga, antes bien, de manera más o menos implícita, un juicio de adscripción convencional de sentido normativo³¹. Históricamente la regla general ha

³⁰ MUÑOZ CONDE, F. 1985., *op. cit.*, pp. 16-7 [Destacado agregado].

³¹ En su exterioridad, el fenómeno calificable (o no) de “violencia” constituye un *objeto* y, como sostiene Durkheim, “los objetos no tienen valor en sí mismos. [...] Los valores son productos de la opinión y, en consecuencia, las cosas adquieren valor sólo respecto a determinados estados de conciencia.” (DURKHEIM, É. 1906., *op. cit.*, p. 175). En un sentido análogo, Radcliffe-Brown considera que “[c]uando dos o más personas tienen un *interés común* por un objeto, puede decirse que este objeto tiene un *valor social* para las personas así asociadas”; se sigue que sólo a partir de esa convergencia de subjetividades sobre un mismo objeto, y no del objeto en sí, es de donde su valor emana. (RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1940., *op. cit.* p. 227 [Destacado original]). Este problema recibe expresión en el campo de la dogmática penal sobre todo en la discusión sobre el concepto de bien jurídico, en particular, en el debate sobre su estatus jurídico-positivo/convencional o pre-jurídico/social o natural. El tópico no puede, claro está, abordarse aquí. Baste con indicar que, como se sigue de nuestra argumentación, adherimos a la posición que en la materia proponen, entre otros, Hassemer y Muñoz Conde: “Los bienes no son producto de procesos naturales, sino del acuerdo social basado en la experiencia. Valores tales como el matrimonio monogámico, la propiedad, la libertad, el honor o la salud no sólo son relativos, tanto desde el punto de vista histórico, como geográfico, sino también desde el punto de vista económico y cultural. Gráficamente se puede decir que los ‘bienes no existen, sino que son producidos’.” (HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 111). La bibliografía sobre la materia es muy extensa. Los polos que en términos generales articulan el debate, pueden encontrarse en las posiciones de Roxin (ROXIN, C. 1994., *op. cit.*, pp. [§] 49-77) y Jakobs (JAKOBS, G. 1985. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En: JAKOBS, G. 1997. Estudios de Derecho Penal. Madrid. Cívitas (1997). pp. 293-324; JA-

sido que dicho sentido tenga una carga negativa: violento es un acto en algún sentido indebido, incorrecto, indeseable, condenable, criticable, etc. Por lo tanto, el observador externo que antes concluyó que “objetivamente” la pena se muestra irracional porque replica la violencia que dice combatir; en rigor, para hablar de “violencia”, tuvo que incorporar subrepticamente un criterio de evaluación no susceptible de extraerse del evento observado³².

En la medida en que estamos ante una adscripción de significado normativo, de lo que en última instancia se trata es de fundamentar un juicio de valor que autorice a asignar a un hecho el carácter de delito; justificando de este modo tanto su proscripción a nivel normativo –instituyente–, como la imposición coactiva de un castigo en respuesta a su ilegítima realización –a nivel de la operación del derecho instituido–. En la justificación de la criminalización subyace un juicio en que el estatus de violencia es convencionalmente impuesto a la conducta criminalizada. A su vez, sólo cuando la asociación de una pena a un delito es justificada en base a un nexo de adecuación normativa, es que la primera resulta convencionalmente (institucionalmente) despojada del sentido de violencia que *prima facie* exhibe.³³

KOBS, G. 1991., *op. cit.*, pp. 43-61; JAKOBS, G. 2003b. ¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma” En: JAKOBS, G. 2003. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Madrid. Cívitas. pp. 47-73). Para revisar la evolución en la concepción del objeto de protección de las normas jurídico-penales y, con ello, del derecho penal y mediatamente de la pena, véase entre otros: GÜNTHER, K. 2000. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un ‘cambio de paradigma’ en el derecho penal? En: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). 2000. La insostenible situación del derecho penal. Granada. Comares. pp. 489-505; y ALCÁCER GUIRAO, R. 2003. Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber? Buenos Aires. Ad-Hoc.

³² Aquí, como en todo “acto de categorización” o “institución de una identidad”, el *indicativo* es un *imperativo*. (BOURDIEU, P. 1981., *op. cit.*, p. 117).

³³ La correspondencia entre delito y pena comprendida bajo el denominado *principio de proporcionalidad* debe entenderse, por tanto, referida a dos entidades *institucionalmente* constituidas por la mediación de normas que convencionalmente le adscriben un determinado valor de magnitud variable en virtud del cual puede *entonces* plantearse la relación de (in)adecuación normativa. Como sostiene Mañalich: la pena “no puede ser entendida como la mera irrogación de un mal que compense, en el sentido de un *ius talionis*, el mal eventualmente producido por el hecho delictivo. La prestación retributiva, materializada en la irrogación de un mal sensible, es ante todo un acto comunicativo que responde al delito en el único nivel de referencia en que éste se deja conceptuar como ‘negación del derecho en cuanto derecho’,

Esta situación fue claramente advertida por Durkheim: “resulta imposible deducir *analíticamente* de la noción de muerte o de homicidio la menor noción de condena, de deshonra. El vínculo que une el acto con su consecuencia es aquí un vínculo *sintético*”³⁴.

Para luego concluir:

...no es la naturaleza intrínseca de mi acto la que tiene por consecuencia la sanción, sino que ésta proviene de que el acto de que se trata no está de acuerdo con la norma que lo prescribe. [...] En efecto, un mismo acto, constituido por los mismos movimientos, alcanzando los mismos resultados materiales, se hará pasible o no de condena según que exista o no una norma que lo prohíba.³⁵

No se trata sólo de anudar una dimensión de sentido a un hecho que en sí ya constituye un mal. Esto porque, lisa y llanamente, *no existe* un mal “en bruto”. Que se comprenda de ese modo es tan contingente como la hipotética asociación a un mal pre-existente de un sentido adicional que lo re-defina como pena. Por tanto, no es que, como dimensiones cerradas en sí mismas, ambas esferas se ligen y complementen desde el exterior; lo que ocurre, antes bien, es que en el acto de vincularse se constituyen recíprocamente. La cárcel, por ejemplo, sólo adquiere sentido de violencia en la medida en que opera en un contexto socio-cultural en que lo que el presidio arrebató al penado, su libertad, constituye un bien socialmente valorado y, por regla general, institucionalmente salvaguardado. El propio derecho favorece la constitución simbólico-normativa de la cárcel en “mal” en la medida en que consagra correlativamente la libertad en calidad de “bien”. La imposición de la pena adquiere el carácter de “mal” al lesionar o destruir, de

que es el nivel en que el delito adquiere significado como manifestación de una falta de reconocimiento de la norma quebrantada como razón eficaz para la acción. [...] *La pena es una respuesta institucional, simbólicamente estructurada, al delito como hecho portador de significado, esto es, el delito entendido como hecho igualmente institucional.* Y recién en este nivel puede sostenerse que delito y pena se correspondan recíprocamente. La equivalencia se encuentra, por ende, en su correspondiente valor declarativo como contradicción del derecho y como restablecimiento del derecho a través de la contradicción de la contradicción del derecho, respectivamente.” (MAÑALICH, J. P. 2010a., *op. cit.*, pp. 94-5 [Destacado agregado]). Para el desarrollo del concepto de proporcionalidad en el marco de las teorías retribucionistas de fundamentación del castigo, en particular de la mano de Kant y Hegel, véase *infra*. §III.2.4.

³⁴ DURKHEIM, É. 1906., *op. cit.*, p. 149 [Destacado original].

³⁵ *Ibid.*, p. 150. Cfr. JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, pp.10-1.

modo deliberado y procedimentalmente reglado, un bien que en principio –es decir, de acuerdo al sentido general que anima al orden institucional en cuyo interior opera– se orienta a proteger.

Con esto no queremos decir que lo que determina su naturaleza de mal derive exclusivamente del sistema jurídico que recoge ese acto y, empleándolo, le adscribe ese sentido. Con seguridad la naturaleza violenta de la pena viene en lo esencial determinada no desde el derecho sino desde su exterior socio-histórico. Justamente en la medida en que el acto en que se materializa su ejecución posee de antemano cierto nivel de reconocimiento social como violencia, es que el derecho se lo apropia instrumentalmente como dispositivo idóneo para vehiculizar el contenido expresivo requerido para reforzar la vinculatoriedad fáctica de las normas de conducta orientadas en general a amparar aquello que en concreto se lesiona al castigar. Empero, si su significado de violencia lo adquiere fuera del derecho, es porque a ese nivel social pre-jurídico tuvo lugar la misma operación de adscripción de sentido que hemos asociado al derecho, pero que, como hemos reiterado, es propia de toda realidad institucional: un segmento de facticidad se *reconoce* como violencia y *deviene* entonces –a nivel de la aprehensión subjetiva de los miembros del colectivo que participan de ese reconocimiento o, lo que es lo mismo, a nivel institucional– violencia. En este reconocimiento tiene lugar la operación de nominación-categorización constitutiva que caracteriza la institucionalización en general –que no tiene lugar en y a través de una única institución; ni es, por cierto, privativa del derecho–. En términos simples: la norma en virtud de cuyo quebrantamiento deriva la reprochabilidad del acto no tiene por qué ser una norma jurídica. Ahora bien, en la medida en que el derecho *puede* reproducir esa misma operación, puede también producir los mismos efectos y re-significar un acto como violencia: reforzando, alterando o sustituyendo su significación previa. El hecho de que la norma a la que se opone la conducta sea una norma jurídica incide, de manera significativa y en ocasiones determinante, sobre la aprehensión de su sentido como violencia. El derecho ostenta el poder nómico de imprimir sobre la facticidad el sentido normativo que la constituye –merced al recono-

cimiento social de la validez de la operación— en violenta injusticia o justo castigo. Respecto a la naturaleza artificial de este sentido institucionalmente articulado —y al irreducible componente de decisionista arbitrariedad que su contingencia comporta— pensadores tan disímiles como Hobbes y Nietzsche pueden estar de acuerdo. Si para el primero: “[d]onde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia.”³⁶; para el segundo: “sólo a partir del establecimiento de la ley existen lo ‘justo’ y lo ‘injusto’ [...]. Hablar *en sí* de lo justo y lo injusto es algo que carece de todo sentido”³⁷. Basta entonces, por nuestros propósitos, con establecer (a) que lo que determinante en la adquisición de ese estatus es la descrita operación de transmutación simbólica; y (b) que el derecho puede cumplir, y de hecho cumple, un rol fundamental en ella.

El nexo de adecuación normativa entre *ofensa* y *castigo* en simbólicamente se redistribuye-constituye el estatus de violencia de los respectivos fragmentos de realidad, remite primariamente al problema de la legitimidad más que al de la función del derecho penal. Si lo hemos planteado aquí es, en primer lugar, porque permite evidenciar la futilidad de un análisis de la pena que prescinda de la dimensión de sentido que la articula. Y, en segundo lugar, porque, como ha quedado en evidencia, la necesidad de aprehender esa dimensión no tiene relevancia solo a nivel de su justificación normativa sino que es crucial también a nivel estrictamente funcional. La dimensión simbólica del castigo juega un rol imprescindible en ambas esferas y, por ende, en la fundamentación de la pena en general.

* * *

A nuestro argumento subyace una distinción categorial análoga pero metodológicamente previa a la que estamos desarrollado entre la dimensión material y simbólica del castigo; distinción que cabe explicitar.

³⁶ HOBBS, T., *op. cit.*, p. [§XXX] 104.

³⁷ NIETZSCHE, F. 1887., *op. cit.*, p. [§11] 110 [Destacado original].

Como se indicó al inicio de la presente investigación, la justificación de la práctica punitiva puede abordarse tanto desde un punto de vista interno que evalúe la (in)corrección del discurso normativo que sostiene su validez substantiva, esto es, que apele a su justificación en términos de *legitimidad*; como desde una perspectiva externa que lo observe en su operación fáctica y busque desentrañar la *función social* que en el marco del derecho penal el castigo desempeña y que, por esta vía, justifica su existencia en el seno de una comunidad. Esta última es la plataforma epistemológica desde la que hemos formulamos nuestra propuesta. Ahora bien, debe señalarse que este deslinde entre *validez* y *facticidad* es de naturaleza netamente analítica: en la práctica, como es evidente, ambas dimensiones se muestran inextricablemente entrelazadas en la unidad del objeto de estudio. Y esta superposición empírica, siendo evidente, no es un dato trivial, ni un simple obstáculo a la labor del investigador que lo obligue, por ejemplo, a desmembrar la confusa manifestación fenoménica del objeto para acceder a la pureza de su esencia. El entrelazamiento que en la práctica exhiben ambas dimensiones está lejos de ser accidental; responde, antes bien, a su consustancial interdependencia y recíproco condicionamiento.

Esto implica, entre otras cosas, que un objeto de estudio como el castigo no podrá comprenderse a cabalidad sin un tratamiento conjunto de ambas caras, y que sólo captando el modo de interacción entre las esferas de su validez interna y su funcionamiento externo podrá formularse una justificación global de la práctica punitiva. Nuestra aproximación es, por lo tanto, necesariamente incompleta. Si por motivos evidentes resulta imposible incorporar el análisis de la dimensión de legitimidad, debe en cambio explicitarse que, sin desmerecer la pertinencia de la aproximación aquí emprendida, limitarnos a ella supone dejar este vacío intacto.

Si retomamos aquí estas consideraciones metodológicas es porque en el espacio conceptual en que opera la transmutación simbólica de la violencia en pena, ambas dimensiones aparecen enlazadas de modo particularmente intenso, al punto en que resulta

sumamente complejo mantener la distinción propuesta. Si en la adjetivación de un hecho como “violencia” necesariamente yace un juicio de valor, no es tarea fácil disociar analíticamente esa dimensión (normativa) de su normatividad para aprehenderla desde un prisma fáctico. Sin embargo, no es imposible. A nuestro juicio, resulta plenamente lícito –y, en más de un sentido, necesario– emprender una aproximación cognoscitiva desde un punto de vista objetivo hacia un sustrato de realidad intrínsecamente normativo. El presupuesto metodológico que subyace a esta pretensión es el siguiente: la naturaleza normativa del objeto no tiene por qué permear la del enunciado teórico que se formula en pos de su conocimiento, su normatividad no tiene por qué transmitirse al discurso que sobre ella teoriza. No existe ningún imperativo lógico o epistemológico que obligue a un discurso con pretensiones descriptivas que se enfrente a un objeto dotado de una dimensión valorativa, a hacerla propia y reproducirla en enunciados que necesariamente contengan juicios relativos a la (in)corrección o (in)validez substantiva del fenómeno en cuestión. Bien puede, en cambio, limitarse a una descripción del objeto capaz de incorporar esa normatividad como un dato objetivo susceptible de aprehenderse objetivamente.

En el caso del concepto de violencia, y la connotación normativa que le es inextirpable, es plenamente posible una aproximación descriptiva al rol que esa normatividad juega en la operación fáctica del fenómeno que adjetiva –como, por lo demás, hemos hecho desde un inicio–. Es admisible, por tanto, reformular el sentido de ese “valor” de acuerdo, por ejemplo, a los imperativos de racionalidad medio/fin que rigen la configuración instrumentalmente orientada de un artefacto institucional como es el castigo en el seno de un ordenamiento jurídico.

Admitida la licitud conceptual del desacoplamiento, pero también la dificultad que supone llevarlo a cabo en un área donde facticidad y validez se muestran tan profundamente ligadas; resulta quizás conveniente establecer una distinción terminológica.

(a) Al hablar de la articulación entre el sustrato material y simbólico de la pena que desde el *punto de vista externo* permite la inversión discursivamente mediada de su comprensión subjetiva; optaremos por emplear el término *violencia*, ya que –pese a la dimensión normativa ineluctablemente inscrita en su estructura– dicha expresión se asocia con mayor facilidad (y, claro está, con la respectiva imprecisión conceptual) a lo que intuitivamente se entiende como un análisis objetivo-descriptivo; en nuestro caso: uno enfocado a la comprensión de la operación fáctica que justifica cierto fenómeno social (la pena) en virtud de la *función* que desempeña.

(b) En cambio, para tratar esa misma articulación entre la materialidad del castigo y la dimensión simbólica en virtud de la cual su violencia originaria es retroactivamente re-significada desde el *punto de vista interno*, es decir, en que opera la (re)formulación *legitimante* de su sustrato de validez normativa (a la que no se aludirá más que tangencialmente); se preferirá un calificativo dotado de una inequívoca connotación axiológica, como es el término *mal*.

Así, mientras en este último caso la facticidad en cuestión denotará propiamente la repetición desplazada de un “mal” y la adscripción de sentido emanada de su faceta simbólica permitirá su transmutación *normativamente* mediada en “bien” (mediante la cual el acto *prima facie* calificable de “mal” se reinterpreta como “acto de justicia”); en el primero –que es el aquí adoptado– su dimensión física como reproducción de “violencia” sufrirá, gracias a la imputación de determinado significado, un análogo proceso de transformación simbólica, ahora *funcionalmente* condicionado, que permitirá que el fenómeno “violencia” sea (re)interpretado como “pena” (no-violencia)³⁸.

* * *

³⁸ En consecuencia, en adelante se intentará prescindir del término “mal” hasta ahora empleado en sentido laxo para designar esta dimensión del castigo.

De acuerdo a Hassemer, quien relaciona Derecho penal y “efectos simbólicos” se convierte en sospechoso³⁹. ¿En qué consiste y en qué se basa esta sospecha? Abordar el escenario histórico que explica el generalizado descredito del que la dimensión simbólica del castigo se ha hecho acreedora en la dogmática jurídico-penal, rebasa los márgenes de nuestro objeto de estudio⁴⁰. Baste al respecto con indicar que la expresión “derecho penal simbólico” ha terminado por asociarse al generalizado y sistemático recurso al aparato punitivo practicado desde las esferas de poder político-gubernamental que, de un tiempo a esta parte, ha tenido lugar en la mayoría de los países occidentales. En particular, la crítica apunta a su indiscriminada instrumentalización con fines puramente populistas por parte de autoridades⁴¹ que estratégicamente recurren a él habida consideración de su eficacia como mecanismo para la obtención de aprobación social hacia la administración que lo promueve⁴². ¿Por qué este recurso “populista” al castigo –cuya legitimidad es acertadamente puesta en tela de juicio por la mayor parte de la dogmática– termina íntimamente asociado a lo que se entiende por dimensión simbólica del castigo?

³⁹HASSEMER, W. 1995. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En: BUSTOS RAMÍREZ. 1995. Pena y Estado. Función simbólica de la pena. Santiago. Jurídica ConoSur. p. 23.

⁴⁰ La literatura sobre la materia es abundante. En general, sobre el fenómeno global de “expansión del derecho penal, véase: SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2001a. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. Madrid. Cívitas. Sobre el modelo de “seguridad ciudadana” en que dicha expansión se materializa a nivel del ordenamiento jurídico-penal, véase: HASSEMER, W. 1990. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal ‘eficaz’. En: HASSEMER, W. 1999. Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Bogotá. Temis. pp. 39-50.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2004. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)* 06-03 (2004): 1-34; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2005. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)* 07-01 (2005): 1-37. Sobre la instrumentalización populista del aparato punitivo, véase: ALBRECHT, P.-A. 2000. El derecho penal en la intervención de la política populista. En: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.), *op. cit.*, pp. 471-87. Sobre los distintos aspectos de la “función simbólica de la pena” en este escenario histórico, véase: BUSTOS RAMÍREZ, J. (Dir.).1995. Pena y Estado. Función simbólica de la pena. Santiago. Jurídica ConoSur.

⁴¹ Legisladores, miembros del poder ejecutivo, alcaldes, etc. Lo relevante para estos efectos es que se trate de cargos de elección popular.

⁴² Cfr. ALBRECHT, P.-A., *op. cit.*, pp. 471-87; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2004., *op. cit.*, pp. 10-2.

Este ligamen puede explicarse a partir de la contraposición que en ocasiones se propone entre dos categorías de efectos que cabría esperar a la pena: instrumentales y simbólicos⁴³:

...los *efectos instrumentales*, vinculados al fin o la función de protección de bienes jurídicos, tendrían la capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados. Los *efectos simbólicos*, por su parte, estarían conectados al fin o a la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que produciría emociones o, cuando más, representaciones mentales.⁴⁴

En el escenario descrito por Díez Ripollés, los segundos serían efectos que, “confinados a la subjetividad de sus destinatarios”, carecerían de incidencia real sobre la organización del comportamiento social y *a fortiori* de toda eficacia para la evitación de actos que lesionen los bienes jurídicos a cuya protección se orienta el aparato penal, es decir, para la prevención del delito. Existiría en esta legislación *meramente* simbólica una divergencia entre la función (aparente) que el legislador discursivamente atribuye a la criminalización para justificarla a ojos de la población, y la función (latente) que en

⁴³ En el mismo sentido: SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1992., *op. cit.*, pp. 304-6. Para la distinción entre funciones instrumentales y simbólicas, véase también: BARATTA, A. 1991. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. En: BARATTA, A. 2004. Criminología y sistema penal. (Compilación in memoriam). Montevideo/Buenos Aires. B de F. pp. 57-88.

⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2003. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. En: ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U.; NIETO MARTÍN, A. (Coord.). 2003. Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. Cuenca. Universidad de Castilla - La Mancha. p. 150 [Destacado agregado]. Ahora bien, cabría preguntarse cómo, a partir de esta simple dicotomía, podría explicarse la “no-realización de comportamientos indeseados” (efecto instrumental), si no es a través de la “influencia sobre las representaciones mentales” (efecto simbólico) de aquellos cuyo comportamiento se pretende por esta vía direccionar. Véase *infra*. §III, 2.5.1.

realidad cumple⁴⁵. Para Hassemer, esto constituye un engaño: promueve una “una falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad”⁴⁶. Según Roxin:

...se trata de preceptos penales que no despliegan en primera línea efectos protectores concretos, sino que, confesándose partidarios de determinados valores o condenando conductas consideradas reprobables, pretenden servir para la autoafirmación de grupos políticos e ideológicos. A menudo también sucede que sólo se persigue apaciguar al elector, en cuanto que mediante leyes previsiblemente ineficaces sin embargo puede suscitar la impresión de que ‘se hace algo’ por combatir acciones y situaciones indeseables.⁴⁷

Debemos relacionar este punto con el consenso antes descrito a propósito del reconocimiento de la dimensión de *mal* de la pena. Si sólo un efecto instrumental, su capacidad de “prevenir la realización de comportamientos indeseados”, justifica la “amarga necesidad” de recurrir a la violencia de la pena, y si los efectos simbólicos por definición carecen de la potencialidad de “modificar la realidad social” en esa dirección; se sigue con naturalidad que por sí mismos estos últimos no pueden justificar la intervención punitiva. El “engaño” que denuncia Hassemer radica en la afirmación pública de parte de la autoridad política de la capacidad de determinada legislación criminalizadora de obtener los efectos (instrumentales) que legitimarían la irrogación de sufrimiento intrínseco a la punición que contempla, cuando, en realidad, se trata “leyes previsiblemente ineficaces”, es decir, normas que carecerán del prometido correlato empírico y cuyo campo de operación, de existir, se encontraría circunscrito a la esfera simbólica, como tal, incapaz de ofrecer una justificación funcionalmente equivalente. En el marco de una estrategia “populista” se pretender justificar en virtud de supuestos efectos instrumenta-

⁴⁵ Este recurso a la terminología de Merton –funciones manifiestas/latentes (Cfr. MERTON, R. K., *op. cit.*, pp. 92 y ss.)– para caracterizar el fenómeno se encuentra en HASSEMER, W. 1995., *op. cit.*, pp. 28 y ss.

⁴⁶ HASSEMER, W. 1995., *op. cit.*, p. 30.

⁴⁷ ROXIN, C. 1994., *op. cit.*, p. [§2] 59.

les una pena que poseería *meros* efectos simbólicos⁴⁸. De ahí la sospecha, de ahí el descrédito que recae sobre el efecto o función “simbólica” de la pena.

Ahora, si bien esta actitud crítica posee indudable valor en el actual escenario político criminal en que de hecho el denunciado “engaño” es un recurso comúnmente empleado para favorecer la exacerbada expansión del derecho penal, consideramos que reposa sobre premisas teóricas inconsistentes. La distinción entre efectos instrumentales y simbólicos presupone la idea –rechazada en el primer capítulo– de objetos dotados en sí mismos, en su condición fáctica, de la capacidad de cumplir determinadas funciones con independencia de todo juicio o actitud intersubjetiva a su respecto. En este caso, se pretende que la pena en su facticidad, en la dimensión material antes descrita, sería como tal capaz de ejercer una función preventiva con prescindencia de todo significado subjetivamente adscrito al devenir natural de la “violencia” que protagoniza. Esta concepción nos parece carece de sentido porque la dicotomía inicial, en la medida en que se plantea diferenciando dimensiones herméticamente aisladas, resulta insostenible. En un extremo ésta convergería con la distinción categorial postulada por Durkheim, en un plano social más amplio, entre la esfera de lo *profano* referida a aquellas acciones técnicas dirigidas a satisfacer necesidades “funcionales”; y la de lo *sagrado* que engloba el conjunto de acciones que carecen de un rol funcional objetivamente identificable. Frente a ello, nos parece más adecuada la posición de Leach:

Más bien ocurre que las acciones ocupan un lugar dentro de una escala continua. En un extremo tenemos las acciones que son completamente profanas, completamente funcionales, pura y simplemente técnicas; en el otro extremo tenemos las acciones completamente sagradas, estrictamente estéticas, técnicamente no funcionales. Entre estos dos extremos tenemos la mayor parte de las acciones sociales que participan en parte de una esfera y en parte de la otra. [...] Desde este punto de vista, la

⁴⁸ La distinción es sostenible únicamente sobre la base de este “meramente”. A nuestro juicio, como a continuación veremos, todo “efecto instrumental” no sólo es compatible sino que depende del “efecto simbólico” de la pena. No obstante, es también plenamente factible que ésta tenga únicamente (es decir, “meramente”) efectos simbólicos sin incidencia (instrumental) sobre la realidad social. En ese caso la diferenciación, y la crítica que sobre ella se despliega, adquiere consistencia.

técnica y el ritual, lo profano y lo sagrado, no denotan *tipos* de acción, sino *aspectos* de casi cualquier clase de acción. La técnica tiene consecuencias materiales económicas que son cuantificables y predecibles; por otra parte, el ritual es una exposición simbólica que ‘dice’ algo sobre los individuos que participan de la acción.⁴⁹

Ahora bien, a la pretendida dicotomía entre efectos instrumentales y simbólicos puede aplicársele la crítica de Leach respecto a la correlativa distinción entre acción profana y sagrada, mas sólo en parte. Porque si bien cabría por hipótesis admitir con Leach la posibilidad de acciones sociales privadas de todo sentido *sacro*, resulta imposible decir lo mismo respecto a una acción social carente de *sentido* sin más (*tout court*). Antes bien, en esto lleva la razón Weber:

Por ‘acción’ debe entenderse una conducta humana [...] siempre que el sujeto o los sujetos de la acción *enlacen* a ella un *sentido* subjetivo. La ‘acción social’, por tanto, es una acción en donde el sentido mentado por un sujeto o sujetos está referido a la conducta de *otros*, orientándose por ésta en su desarrollo.⁵⁰

Por lo tanto, la crítica a la distinción es más profunda: a nuestro juicio, toda acción social posee una dimensión simbólica –por supuesto, no necesariamente sacra– y funcional. Y esto no sólo porque se inscribe y opera en una estructura funcional y *además* en una simbólico-comunicativa; sino porque su operación a nivel funcional se encuentra lógica y empíricamente condicionada a su inscripción en la estructura simbólica desde cuya plataforma institucional se le adscribe un sentido –un estatus, un rol– sólo a partir del cual puede *entonces* ejercer la función “instrumental” que (inter)subjetivamente se le asigna. La necesaria intermediación de la dimensión simbólica para la re-definición del fragmento de facticidad como entidad institucional capaz de

⁴⁹ LEACH, E. R., *op. cit.*, pp. 34-5 [Destacado original].

⁵⁰ WEBER, M. 1956., *op. cit.*, p. 5 [Destacado original]. En el campo del derecho penal, una posición análoga puede hallarse en Mezger y Welzel. De acuerdo al primero: “[t]oda acción humana tiene un *fin*. Este constituye la esencia conceptual de la acción. No existe una acción que no tenga un fin. Y por consiguiente también la *pena* debe tener un ‘fin’, como acción humana y estatal en el ámbito del derecho.” (MEZGER, E., *op. cit.*, p. 370 [Destacado original]). Para Welzel: “La actividad, como tal, tiene una significación en la vida humana; ciertamente, sólo como actividad realizada con sentido” (WELZEL, H., *op. cit.*, p. 2). Cfr. JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, p. 22.

cumplir una función social, es la que aquí intentaremos comprender de cara a la materialidad del castigo que desde el exterior aparece como “mera” violencia.

* * *

Para entender el modo en que tiene lugar esta conversión funcionalmente mediada, puede avanzarse observando que en la pena no estamos ante un caso de violencia “sin más”, sino de imposición deliberada de violencia. Esto apunta al hecho de que tras su imposición siempre hay algo que no se deja reducir al acto en que se impone; da cuenta de que en realidad éste opera como vehículo para finalidades que lo trascienden. Que la violencia de la pena opere como medio para “algo más” remite a su naturaleza de dispositivo instrumentalmente justificado por su habilidad para cumplir la función que se le asigna. Si el hecho de su ejecución carece en sí mismo de la capacidad de ejercer una función sin la coetánea asignación de un sentido, su rol será operar como soporte físico estratégicamente diseñado para expresarlo.

Este aspecto ha sido enfatizado por quienes centran la comprensión del castigo en su dimensión expresiva⁵¹. Así, por ejemplo, von Hirsch, para quien: “en el castigo la privación o sufrimiento es *el medio a través del cual se expresa la condena*”⁵². Feinberg tiene el mérito de reactivar en el ámbito académico la consciencia de la crucial importancia de este aspecto: “el castigo es un *dispositivo convencional para la expresión* de actitudes de resentimiento e indignación y de juicios de desaprobación y reprobación”⁵³, señala. Establecida la prioridad funcional de esta capacidad expresiva, la plataforma fáctica en que la violencia se instancia se desplaza a una posición secundaria o, en todo

⁵¹ Véase *infra*. §III.2.2.

⁵² HIRSCH, A. v. 1993. *Censurar y castigar*. Madrid. Trotta (1998). p. 42 [Destacado agregado].

⁵³ FEINBERG, J., *op. cit.*, p. 98 [Destacado agregado] (Traducción propia). Siguiendo en esto a Feinberg: MAÑALICH, J. P. 2010a., *op. cit.*, pp. 68-70; 76-9.

caso, condicionada en su relevancia a su (in)capacidad de transmitir el contenido declarativo que sobre ella se articula, es decir, a su (dis)funcionalidad expresiva⁵⁴.

Sólo cuando la concreta articulación material de la pena sea idónea para expresar el mensaje en cuestión, podrá comprenderse como algo más que un “hecho bruto” y de ese modo cumplir una función en el marco institucional que instrumentalmente la erige. Esto permite identificar en los distintos modos de diseñar el castigo una dimensión discursiva en que opera como dispositivo simbólico convencionalmente construido con la finalidad de expresar un determinado mensaje de cara a los efectos sociales que de esa expresión se seguirían y que, desde esta perspectiva, justificarían funcionalmente su existencia. Desde el punto de vista de Feinberg

Decir que la afectación física [*physical treatment*] en sí misma expresa condenación, no es más que decir que ciertas formas de violencia [*hard treatment*] se han convertido en *símbolos convencionales* de la reprobación pública.⁵⁵

La pretensión expresiva ínsita a cada “puesta en escena” del castigo permite su inscripción en una cadena funcionalmente estructurada: su organización responde al juicio de que esa es la configuración simbólica más idónea (a) para comunicar el mensaje que la pena debe comunicar; (b) para servir a la función que la pena debe desempeñar; (c) para servir al fin a que su funcionamiento efectivo debe servir –esto es, a la función general del derecho penal–.

Si es la pretensión expresiva la que determina la específica configuración del castigo, el nexo entre la operación que define la función de la pena y la facticidad violenta en que recibe histórica manifestación se muestra contingente. Se trata, como señala Feinberg, de una asociación convencional. En palabras de Mañalich:

⁵⁴ “[E]s la desaprobación social y su apropiada expresión lo que debe adecuarse al crimen y no la violencia física (dolor) como tal. El sufrimiento debe ser proporcional a la culpabilidad sólo en la medida en que su imposición es vehículo simbólico de la condenación pública.” (FEINBERG, J., *op. cit.*, p. 118 [Traducción propia]).

⁵⁵ *Ibid.*, p. 100 [Destacado agregado] (Traducción propia).

La irrogación del mal en que consiste, fácticamente, la ejecución de la pena judicialmente impuesta sólo puede ser entendida [...] como un dispositivo convencional que es funcional al desempeño comunicativo de la respuesta punitiva.⁵⁶

Se sigue que, en principio, puede concebirse un modo de configurar la práctica punitiva que prescinda de la violencia explícita que la caracteriza en su exterioridad:

Es posible imaginar un elaborado ritual público que recurra a los instrumentos más persuasivos de la religión y el misterio, de la música y el teatro, para expresar con total solemnidad la condena de la comunidad hacia el criminal por su vil conducta. Dicho ritual podría condenar de modo tan enfático que su autenticidad estaría fuera de toda duda, lo que tornaría simbólicamente superfluo el recurso adicional a alguna forma de violencia física [*hard physical treatment*]. Ese mecanismo preservaría la función condenatoria del castigo prescindiendo de los medios físicos que lo caracterizan –encarcelamiento y maltrato físico–. Quizás esto no sea más que una vana fantasía; o quizás sea algo más que eso. Sin duda, la pregunta permanece abierta. El punto que aquí deseo establecer dice relación con la naturaleza de la pregunta. Cuando adopta esta forma, el problema de justificar el castigo bien puede ser, en realidad, el de justificar nuestros particulares símbolos de infamia.⁵⁷

Si el castigo se justifica por la función que desempeña –que, por su parte, le es institucionalmente adscrita– y si ésta radica esencialmente en su capacidad de transmitir un específico mensaje, la concreta plataforma material en que tiene lugar su ejecución práctica adquiere, como señalamos, una naturaleza subordinada. En principio, resulta posible sustituir la violencia física externamente aprehensible que lo caracteriza por cualquier dispositivo funcionalmente equivalente.

El modelo imaginado por Feinberg es en efecto fantasioso, pero no lo es porque postule la posibilidad de prescindir de los mecanismos tradicionalmente ligados a la violencia punitiva, como la privación de libertad o los castigos corporales. El nexo convencional entre la materialidad de *esa* violencia y el contenido declarativo que por su inter-

⁵⁶ MAÑALICH, J. P. 2010a., *op. cit.*, p. 94.

⁵⁷ FEINBERG, J., *op. cit.*, pp. 116-7 (Traducción propia).

medio se transmite, torna del todo plausible imaginar su sustitución por mecanismos alternativos –como, por lo demás, lo demuestra la progresiva desaparición histórica de las penas que afectan directamente el cuerpo del condenado⁵⁸–. El ritual imaginado por Feinberg no es fantasioso, decíamos, porque pretenda prescindir de *esas* específicas materializaciones de la violencia punitiva, sino porque pretende sortear el recurso a la violencia *como tal*⁵⁹ –cuestión que, en este sentido, lo emparenta con las propuestas abolicionistas⁶⁰–. Desde nuestro punto de vista, la violencia es en sí una dimensión inextirpable del derecho y, con mayor motivo, del castigo a través del cual el derecho saca a la luz la fuerza que veladamente lo sostiene en su integridad. Podría quizá prescindirse de *esas* violencias, de la violencia entendida en términos “naturalistas” como violencia eminentemente física. Pero *la* violencia como tal, la violencia conservadora con que el derecho articula la interacción social imponiendo coactivamente los patrones de conducta institucionalizados en sus normas, no puede suprimirse. Esta violencia irreductible puede bien comprenderse como *violencia simbólica*.

Al revisar la dimensión material del castigo vimos que Feuerbach admite que en determinados supuestos la pena se justifica incluso si no es experimentada como un mal por el castigado; ejemplo paradigmático es aquel en que éste no puede sufrirlo porque, lisa y llanamente, ha muerto; no obstante, la ejecución de la pena sobre su cadáver en ciertos casos se encontraría justificada⁶¹. En la descripción de un castigo de esta índole que a continuación veremos, podrá observarse que la idea de Feinberg de que su justificación radica en la justificación de los símbolos idóneos para desempeñar su función

⁵⁸ Véase: FOUCAULT, M. 1975., *op. cit.*.

⁵⁹ Después de todo –señala Feinberg– “hubo un tiempo en que las galeras y el tormento destacaban como símbolos de vergüenza e ignominia. Actualmente condenamos a los criminales a trabajos forzados como medio para tornar infames sus crímenes. ¿No podría hacerse lo mismo de modo aún más económico? ¿No existe algún modo de estigmatizar sin infligir ningún (inútil) dolor al cuerpo, a su familia, a su capacidad creativa?” (FEINBERG, J., *op. cit.*, p. 115). Una esperanza análoga alberga Rivacoba (Véase: RIVACOBA Y RIVACOBA, M. d., *op. cit.*, p. 40).

⁶⁰ Véase, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1992., *op. cit.*, pp. 18-26.

⁶¹ “La ejecución en cadáveres o en imágenes sólo se justifica cuando se la imponga como especial forma de infamia o como símbolo de que la ley penal que conmina debe ser satisfecha bajo cualquier circunstancia.” (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§137] 109).

expresiva, y, por tanto, de que la plataforma fáctica en que se desarrolla es fungible y la violencia del *hard treatment* prescindible; encuentra un respaldo histórico que privaría a su ritual imaginado del estatus de “vana fantasía”. Empero, por otro lado, podrá constatare que dicho respaldo histórico encuentra expresión en un procedimiento que, a diferencia del “civilizado” ceremonial imaginado por Feinberg, exhibe inequívocos rasgos de la violencia que se buscaba erradicar y, sin embargo, lo hace trascendiendo el campo de la facticidad para operar en el plano netamente simbólico. El castigo, expuesto por Foucault, es el siguiente:

[El condenado está atado a un poste, con los ojos vendados; alrededor, sobre el cadalso, unas picas con unos ganchos de hierro] El confesor habla al paciente al oído, y después que le ha dado la bendición, el verdugo, que blande una maza de hierro, como las empleadas en los mataderos, asesta un golpe con toda su fuerza en la sien del desdichado, que cae muerto. Al momento *mortis exactor*, con un gran cuchillo, le hace un tajo en la garganta, con lo que queda bañado de sangre, cosa que constituye un espectáculo horrible de ver. Le rompe los tendones de los dos talones, y a continuación le abre el vientre del cual saca el corazón, el hígado, el bazo y los pulmones, que va colgando de un gancho de hierro y corta en trozos el cuerpo, colgando los pedazos de los demás ganchos a medida que los corta, como se hace con los de una res. Contempla esto el que es capaz de contemplar cosas semejantes.⁶²

Resulta poco plausible sostener que este horrible espectáculo se encuentra exento de violencia. Empero, si la violencia se restringiese a la deliberada imposición de sufrimiento al sujeto castigado, consecuentemente debiese concluirse que ésta culmina al inicio del ritual con la muerte del condenado. Sin embargo, no cabe duda de que la fase central del espectáculo punitivo tiene lugar *post mortem* con el descuartizamiento del cadáver y la pública exposición de sus órganos; fase en la que no hay ya un sujeto capaz de experimentar dolor físico por la ejecución de la “carnicería”. ¿Pierde ésta por dicho motivo su condición de violencia? A nuestro juicio no. La violencia se conserva operati-

⁶² BRUNEAU, A. 1715. *Observations et maximes sur les matières criminelles*. p. 259, citado en: FOUCAULT, M. 1975., *op. cit.*, p. 62.

va a nivel simbólico cuando a nivel fáctico el sujeto apto para sufrirla desaparece. Desde el momento en que el condenado ha muerto, la mecánica del castigo se desplaza desde la esfera fáctica a la comunicativa. En esta medida, y pese a la radical divergencia en cuanto a su contenido, la estructura de la operación resulta funcionalmente equivalente al ritual imaginado por Feinberg como forma de prescindir del *hard treatment* ligado al castigo.

Lo importante aquí es enfatizar el rol del simbolismo expresivo no como sustituto de la violencia del castigo, sino como mecanismo de adscripción institucional de estatus que conservando su estructura violenta reformula su sentido de modo tal de desnaturalizar su apariencia externa para constituirlo en castigo. La violencia no desaparece sino tan sólo –como vimos en el capítulo precedente– adopta la específica *forma* que le es asignada desde el derecho; forma que opera como dispositivo de re-significación simbólica que articula la facticidad en pos de la consecución de específicos efectos sociales que le permitirán cumplir la función que se le imputa y, en esa medida, constituirse en pena⁶³.

Si nos detuvimos en el ejemplo anterior es porque ahí el énfasis del ritual punitivo se sitúa sobre un objeto, el cadáver del castigado, incapaz de experimentar, sufrir o comprender esa violencia. Quienes la experimentan, sufren o comprenden han de ser

⁶³ Para Durkheim, en cambio, los supuestos en que el castigo se extiende sobre objetos inanimados (como sería un cadáver o, en el ejemplo que el propio Durkheim consigna, el arma homicida) no es sino expresión de la irracionalidad subyacente a la pena como reacción eminentemente pasional (DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 101-2; 101 n. 2). En principio, adoptar esa postura supone adherir al esquema que disocia efectos instrumentales y simbólicos de la pena, para menospreciar estos últimos en tanto carentes de toda incidencia real en la organización de la interacción social. En otras palabras, supone excluir *a priori* que el simbolismo de hecho ejerza –como postulamos– una función social (y, por tanto, instrumental). Empero, en el marco de la teoría de Durkheim, “irracionalidad” no puede homologarse sin más a “disfuncionalidad” o “inutilidad”. Antes bien, el hecho de que determinada práctica se encuentre genéticamente determinada por impulsos irracionales –como sería el caso de aquella que impone un castigo sobre objetos– no obsta a que, una vez establecida, cumpla una función social útil que justifique racionalmente su conservación (*Ibid.*, p. 126). Lo que Durkheim rechaza es la posibilidad de que ese simbolismo cumpla el rol social que cumple merced a una organización institucional teleológicamente orientada a ello; esto, básicamente porque –según vimos– rechaza la idea de una construcción intersubjetiva de la realidad social. Véase *supra*. §I.1.4.1.

necesariamente terceros que presencian o adquieren conocimiento del espectáculo. Y el modo en que esos terceros pueden experimentar la violencia ejercida sobre un cuerpo inerte resulta inevitablemente mediada por la discursividad: debe emanar del contenido simbólico declarado a través del ensañamiento ritual sobre ese cuerpo insensible. El efecto del castigo con la virtualidad de materializar la función que justifica su existencia institucional demanda una operación expresiva.

El rol de la dimensión simbólica en la articulación del sentido que justifica el castigo en ningún caso se restringe a supuestos en que la violencia fáctica resulta imposible por ausencia de un sujeto que directamente la experimente como sufrimiento. Lejos de ello, la violencia física en que el castigo recibe aplicación se encuentra *siempre y en todo caso* acompañada y direccionada por un específico sentido que, de esta suerte, la justifica. El conjunto de la operación punitiva se halla inscrito en una trama discursiva diseñada para vehicular determinado mensaje, y ello con independencia de si su desarrollo demanda o no el recurso a dispositivos que supongan la irrogación de un mal sensible sobre el penado. El modo en que el simbolismo permea el castigo articulando el ritual punitivo, puede observarse con gran claridad en la siguiente descripción de una ejecución que tuvo lugar en la Francia del siglo XVIII:

...a una criada de Cambrai que diera muerte a su ama, se la condenó a ser llevada al lugar de su suplicio en una carreta ‘de las que sirven para transportar las inmundicias a todas las encrucijadas’; allí habrá ‘una horca al pie de la cual se colocará el mismo sillón en el que estaba sentada la llamada De Laleu, su ama, cuando la asesinó; y una vez allí, el verdugo le cortará la mano derecha y la arrojará en su presencia al fuego, dándoles, inmediatamente después, cuatro tajos con la cuchilla de que se sirvió para asesinar a la citada De Laleu, el primero y el segundo en la cabeza, el tercero en el antebrazo izquierdo y el cuarto en el pecho; después se la colgará y estrangulará en dicha horca hasta que sobrevenga la muerte. Pasadas dos horas, el cadáver será descolgado, y la cabeza separada de aquél al pie de dicha horca, sobre dicho cadalso, con la misma cuchilla de que se sirvió para asesinar a su ama, y la tal cabeza será expuesta sobre una pica de veinte pies de altura fuera de la puerta del citado Cambra, a la

vista del camino que lleva a Douai, y el resto del cuerpo, metido en un saco y enterrado junto a dicha pica, a diez pies de profundidad.’⁶⁴

Puede observarse nuevamente cómo lo que a nuestros ojos aparece como violencia salvaje e irracional, en realidad, de arbitrario salvajismo nada tiene: se trata de una violencia meticulosamente organizada mediante un intenso simbolismo que, formalizándola procedimentalmente, la subordina a los imperativos de la racionalidad subyacente a una configuración técnica del castigo como aparato idóneo para específicos fines expresivos. No es este el lugar para descifrar las múltiples dimensiones de sentido que cabría extraer de la descrita ejecución, pero salta a la vista su intención de constituirse en una reproducción casi teatral del mismo crimen que se busca castigar: la ejecución de la pena tiene lugar exactamente en el mismo lugar (en el mismo sillón) en que se cometió el delito y el instrumento para quitar la vida al delincuente es el mismo que quitó la vida a la víctima.

El contenido que la pena debe declarar se define desde la función que institucionalmente se le asigna; y esa función sería en lo inmediato la de operar como refuerzo comunicativo del poder prescriptivo de las normas primarias de conducta. Ahora, para que la violencia pueda generar dicho efecto hemos planteado la necesidad de que su ámbito de operación no se agote en lo fáctico y, trascendiendo el plano en que externamente se desarrolla, acceda a la esfera discursiva en que podría adquirir un específico sentido. En concreto, el castigo debe articularse de modo tal de establecer una asociación simbólica entre el hecho de la imposición y un significado que, conjuntamente aprehendidos, den lugar a una interpretación global en que la pena sea comprendida como respuesta institucional a la violación de determinada norma⁶⁵. En el ejemplo recién descrito el diseño de la ejecución revela con notable claridad esta pretensión de establecer un inequívoco enlace simbólico entre el crimen como causa y el castigo como consecuen-

⁶⁴ DAUTRICOURT, P. 1912. *La criminalité et la répression au Parlement de Flandre, 1721-1790*. pp. 269-70, citado en: FOUCAULT, M. 1975., *op. cit.*, pp. 55-6.

⁶⁵ Cfr. LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 77; JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 64.

cia. Cada fase del ritual punitivo se diseña con la finalidad de constituirse (representacionalmente) en particularizada respuesta a cada una de las dimensiones del crimen. Todos los fragmentos de la violencia informe del delito son de esta suerte reapropiados por el poder político: cada expresión de violencia privada materializada en el crimen cuenta con un correlato en la violencia formalizada con que el Estado la reprime y simbólicamente neutraliza. Así, reproduciendo teatralmente la misma violencia, reafirma públicamente que a él y sólo a él pertenece la prerrogativa de ejercerla.

En esta organización discursiva de la práctica punitiva en que la especificidad de cada fase de su ejecución se define en directa relación de oposición a la especificidad del concreto delito, subyace la pretensión de declarar públicamente la invalidez del sentido que emana del crimen a través de la pormenorizada negación simbólica de cada una de las instancias en que se materializó. Al mismo tiempo esa pública refutación de la validez de la dimensión de sentido expresada por la acción antijurídica supone una correlativa operación de afirmación de la vigencia incólume del contenido axiológico institucionalmente estabilizado por el ordenamiento jurídico sobre el que se cimienta la organización social y del que la autoridad política se juzga guardián y legítimo portavoz. Al apropiarse de la violencia, reproducirla de un modo fenoméricamente equivalente – equivalencia que, en el caso relatado, llega casi hasta la identidad– y desplazando el objeto que ha de soportarla –según las categorías formales que el derecho establece para la legítima re-distribución del sufrimiento– el suplicio, señala Foucault, “no restablecía la justicia, reactivaba el poder”⁶⁶. Cabría decir que *en* el restablecimiento de la justicia logrado mediante la implementación de dispositivos portadores de un sentido capaz de anular simbólicamente la validez normativa de cada fragmento del crimen, es donde tiene lugar la reactivación del poder. No se da la alternativa entre restablecimiento de la justicia *o* reactivación del poder, porque ese acto de *justicia* no es sino la actualización reafirmadora de la violencia fundacional sobre la que se cimienta el *poder* político –

⁶⁶ FOUCAULT, M. 1975., *op. cit.*, p. 60.

significándose constitutivamente como orden *justo*⁶⁷— que, operando en su dimensión conservadora, protege el monopolio estatal de la fuerza gracias al cual se realizó la operación instituyente que, integrando a las partes en un todo unitario, dio origen a la comunidad política. Se evidencia así cómo, en virtud de los dispositivos simbólicos que definen el modo de organizar su ejecución, el castigo cumple una función intrínsecamente política⁶⁸:

Se trata de un ceremonial que tiene por objeto reconstituir la soberanía por un instante ultrajada. La restaura manifestándola en todo su esplendor. La ejecución pública [...] se inserta en toda la serie de los grandes rituales del poder eclipsado y restaurado [...]; por encima del crimen que ha menospreciado al soberano, despliega a los ojos de todos una fuerza invencible. Su objeto es menos restablecer un equilibrio que poner en juego, hasta su punto extremo, la disimetría entre el súbdito que ha osado violar la ley y el soberano omnipotente que ejerce su fuerza. [...] [D]ebe existir, en esa liturgia de la pena, una afirmación enfática del poder y de su superioridad intrínseca. Y esta superioridad no es simplemente la del derecho, sino la de la fuerza física del soberano cayendo sobre el cuerpo de su adversario y dominándolo: al quebrantar la ley, el infractor ha atentado contra la persona misma del príncipe; es ella —o al menos aquellos en

⁶⁷ En el sentido en que, según vimos [*supra*. §II.1.2.], Derrida habla de “tautología realizativa”: “¿no es la tautología la estructura fenomenológica de una cierta violencia del derecho que se establece a sí mismo decretando que es violento, esta vez en el sentido de fuera-de-la-ley, todo aquello que no reconoce?” (DERRIDA, J. 1990., *op. cit.*, p. 86).

⁶⁸ En el mismo sentido en que Welzel caracteriza el aspecto estatal de la pena: “El fundamento real de la pena estatal radica en su indispensabilidad para mantener el orden de la comunidad.” (WELZEL, H., *op. cit.*, p. 235). Más explícito en identificar la operación política de auto-afirmación de la autoridad ínsita a la praxis punitiva, es Beling: “el Estado, castigando lo que según su entender es ilícito, concuerda con la idea de retribución dominante en el pueblo [...] y así conserva su autoridad, mientras que la omisión de la pena testimoniaría desorden y menosprecio del poder público, y con ello indirectamente se pondría en peligro el ordenamiento protegido por el Estado. La retribución está siempre y necesariamente entre las facultades del Estado, toda vez que éste no puede carecer de aquélla para alcanzar el fin de su autoafirmación. *Punitur quia peccatum est, ne respublica detrimentum auctoritatis capiat*. No es el caso que la pena tenga o no el efecto de que el individuo castigado no cometa después ningún otro delito; aun no concurriendo esa eficacia, la pena cumple su fin por medio de su efecto sustentador de la autoridad (efecto de ‘prevención general’).” (BELING, E. v., *op. cit.*, p. 24 [Destacado original]). A fin de cuentas, tras la complejidad teórica que la dogmática penal ha confeccionado para hacerse cargo del problema de la pena, se conserva en toda su fuerza la crítica planteada por Marx: “Hablando claro, y prescindiendo de paráfrasis, el castigo no es sino un medio al que recurre la sociedad para defenderse contra las infracciones a sus condiciones vitales, sean las que sean.” (MARX, K. 1853. Pena capital. En: MARX, K. 2008. Elogio del crimen. Madrid. Sequitur. p. 36).

quienes ha delegado su fuerza— la que se apodera del cuerpo del condenado para mostrarlo marcado, vencido, roto.⁶⁹

* * *

Tanto los modelos históricos de justificación del castigo, como las construcciones teóricas relativas a su función, pueden ser interpretados como propuestas de articulación de la dimensión de facticidad marcada por el explícito recurso a la violencia y la dimensión de validez en que convergen los esfuerzos por adscribir simbólicamente a ese sustrato fenoménico un sentido que permita comprenderlo como pena y que, de ese modo, se *constituya* en pena y *funcione* como pena. El juego entre estas dos dimensiones inextricablemente entrelazadas en sus instanciaciones históricas y sólo analíticamente disociables desde una perspectiva teórica, nos ayudará a formular una posición respecto a la función social que cabe adscribir a la pena, es decir, a definir el modo en que ambos sustratos de hecho se articulan.

⁶⁹ FOUCAULT, M. 1975., *op. cit.*, pp. 59-60.

2. Teorías de la (función de la) pena

2.1. Advertencias metodológicas

Concebir la pena en calidad de instrumento exige ver en ella una entidad institucionalmente construida con la finalidad de producir determinados efectos prácticos, es decir, un medio funcional a algo que la trasciende, extrínseco a ella y, por tanto, distinto a ella⁷⁰. Visto objetivamente, el castigo aparece como herramienta *para* algo y se constata que, como tal, debe articularse según imperativos pragmático-funcionales y evaluarse teniendo a la eficacia por criterio.⁷¹

Ahora, si la pena constituye una sanción, y ésta la específica consecuencia jurídica de una norma, su puesta en relación conduce a una caracterización de la pena como respaldo comunicativo de la fuerza coactiva de la norma a través de la amenaza abstracta que la anuncia y de su ejecución fáctica *qua* sanción⁷². Sin embargo, esta caracterización nada dice sobre la forma que en términos más concretos ha de adoptar para tornar operativa esa función y cumplir eficazmente el rol que se le asigna. La respuesta en el plano teórico a estas preguntas supone justificar funcionalmente una determinada articulación

⁷⁰ “Sólo la pena necesaria es justa. La pena es, a nuestro juicio, medio para un fin. Pero la idea de fin exige adecuación del medio al fin y la mayor economía posible en su administración.” (LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 106). Esta justificación instrumental-funcional de la pena se advierte también en Feuerbach: “Se entenderá que la pena tiene como objetivo el efecto cuya creación puede concebirse como causa de la existencia de la pena, si es que existe el concepto de pena.” (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§16] 53).

⁷¹ Esta perspectiva remite a un concepto de racionalidad instrumental, estratégica o, en términos de Weber, “racionalidad de acuerdo a fines” (WEBER, M. 1956., *op. cit.*, pp. 20 y ss.). Sobre la “legitimación instrumental” del derecho penal: ALCÁCER GUIRAO, R. 2004., *op. cit.*, pp. 34-48.

⁷² Se sigue que el sentido de la pena se encuentra indisolublemente asociado a la norma de sanción que la establece y que, a través de la amenaza de su imposición, refuerza el poder imperativo de la norma de conducta a la que su justificación se encuentra funcionalmente subordinada. De esta suerte, podría entenderse con Liszt que la amenaza penal constituye “un imperativo agudizado”. (LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 113).

entre la dimensión material y el sustrato expresivo o simbólico que permite adscribirle el específico sentido que re-constituye su violencia en “pena”.

Lo que usualmente se ubica bajo la rúbrica “teorías de la pena” será entendido en ese sentido, es decir, como teorías cuyo objeto es la *función* de la pena: la mecánica con que se organiza su operar. Consecuencia de lo anterior es, como dijimos, que la “racionalidad” de su configuración debe entenderse en términos estratégico-instrumentales: se trata –en el marco de su desarrollo como como saber tecnológico– de postular un modelo de articulación que maximice su eficacia o –en el marco del estudio dogmático-teórico sobre su tecnología– de develar la lógica interna orientada a la eficacia que subyace a un modelo dado.

Esto exige disociar analíticamente los juicios de orden fáctico que integran las teorías de la *función* de la pena, de los juicios normativos que formulan las teorías relativas a su *legitimidad*. Importa enfatizar que, desde este prisma, el tratamiento que ofreceremos difiere del tradicional: en tanto se excluyen las connotaciones valorativas, las clásicas “teorías de la pena” serán reinterpretadas como modelos descriptivos de la organización funcional del castigo.

* * *

Al tratar las teorías sobre la función de la pena se ha prescindido deliberadamente de algunas de las denominaciones tradicionales. Por ejemplo, lo que habitualmente se denomina “prevención general negativa” corresponde en líneas generales a lo que llamaremos “inhibición comunicativa”; cierta vertiente de la “prevención especial negativa” se ubica al interior del modelo de “inhibición fáctica”; teorías usualmente englobadas bajo la categoría “prevención general positiva” se reconducen al concepto de “pedagogía

inmediatamente social”; y la llamada “prevención especial positiva” y algunas modalidades de la “teoría de la expiación” se alinean con la “pedagogía inmediatamente individual”. Esta reformulación se explica al menos por dos motivos.

(a) En primer lugar, nos parece un ejercicio metodológicamente sano interrumpir una costumbre que, de tan habitual, parece operar de modo casi mecánico. Cuando una denominación que pretende ser descriptiva se asigna de forma más bien automática, la etapa que debiera preceder a la nominación en que se evalúa la (in)adecuación del nombre de cara al objeto nombrado, tiende a omitirse. El resultado es que el objeto como tal queda en segundo plano, con el tiempo sus contornos empiezan a disolverse y finalmente desaparece, quedando sólo la denominación que, entonces, substituye al objeto⁷³. El debate deviene entonces puramente nominal⁷⁴. En este sentido no se afirma que tal o cual denominación sea incorrecta, sino, sencillamente, que su corrección puede ponerse en duda, evaluarse y la denominación eventualmente modificarse o desecharse.

(b) En segundo lugar, consideramos que en más de un caso la denominación resulta en efecto inadecuada o al menos equívoca. Esto obedece a la posición teórica que nos lleva a identificar un específico rol en la pena ya anticipado en la sección precedente: control coactivo en lo inmediato en pos de la integración social en lo mediato. Más adelante veremos por qué las dicotomías clásicas de las que emanan estas denominaciones pueden también problematizarse y, a nuestro juicio, observarse desde una perspectiva diferente que permita re-interpretarlas como caminos que, de modo más o menos directo, culminan en esa función social genérica que subyace a la práctica institucionaliza-

⁷³ Como puede advertirse, estamos ante el mismo fenómeno antes revisado a propósito de la operación instituyente que se replica aquí en el ámbito teórico: la representación que, una vez objetivada, substituye la realidad representada: “[e]s como si el signo terminara por asumir el lugar de los significado”, señala Bourdieu (BOURDIEU, P. 1983., *op. cit.*, p. 156).

⁷⁴ “El hombre no puede vivir en medio de las cosas sin formular sus ideas sobre ellas, y a tenor de las cuales arregla su conducta. Pero como estas nociones están más cerca y más a nuestro alcance que las realidades a las cuales corresponden, tendemos naturalmente a sustituirlas a estas últimas y a hacer de ellas la materia misma de nuestras especulaciones.” (DURKHEIM, É. 1895., *op. cit.*, p. 45).

da del castigar⁷⁵. Esta reinterpretación encuentra en la terminología tradicional un obstáculo y, por consiguiente, justifica que en determinadas circunstancias se sustituya por denominaciones alternativas.

Ahora, si el motivo (a) apunta a desprendernos de ciertos prejuicios al momento de revisar un modelo, el motivo (b) no debiera conducirnos a sustituirlos por los propios y presentar de cada modelo una versión manipulada para ser blanco fácil de nuestra crítica. Si se prescinde de algunas denominaciones es con la finalidad de acceder a las teorías de modo imparcial y así presentarlas. Luego las teorías explicativas de la función de la pena aquí expuestas podrán ser objeto de crítica.

Obviamente, si deseamos revisar estas teorías en sus propios términos es porque consideramos que tienen algo relevante que decirnos, algo que nos ayude a especificar la función de la pena y a comprender el modo en que se articula para desempeñarla. Descartar sus denominaciones clásicas y observarlas bajo una luz distinta no debe verse entonces como un gesto de soberbia solo encaminado a desacreditarlas. Lejos de ello, lo que se busca es suspender los patrones de lectura pre-establecidos por el hábito que tienden a sobre-simplificar su contenido –en ocasiones para, acto seguido, desecharlas–. Evitar estos prejuicios y exclusiones *a priori* nos permitirá constatar cómo cada modelo –incluidos aquellos que tachados de “primitivos” o “irracionales” se rehúsa muchas veces siquiera a tomar en serio⁷⁶– presenta elementos que, observados desde el punto de vista del mecanismo de operación que asignan al castigo –prescindiendo con ello del concreto contenido de las normas respecto a las cuales en su momento las teorías son formuladas–, resultan idóneos para captar las estructuras invariables que definen su funcionamiento.

⁷⁵ Véase *infra*. §III.3.

⁷⁶ Infundada subvaloración que suelen recibir los modelos de pena que le atribuyen la función de expresión de sentimientos, expiación y, hasta cierto punto, también la teoría de la retribución. Véase *infra*. §III.2.2.1.; §III.2.3.; §III.2.4., respectivamente.

Si logramos suspender las denominaciones tradicionales –y con ello los también tradicionales prejuicios que las acompañan– y acceder directamente al contenido de las teorías, podremos extraer la estructura medular de la función que le asignan al castigo y notar que las supuestas contradicciones e incompatibilidades que han animado históricamente la controversia sólo existen desde el momento en que una operación es unilateralmente elevada a la categoría de única y excluyente función de la pena.

Ahora bien, cabe apuntar que cuando la controversia de hecho surge, suele hacerlo en un contexto en que éstas se comprenden como teorías sobre la *legitimidad* de la pena. En este escenario se tiende a fusionar o establecer un lazo inexorable entre un sustrato de legitimidad del derecho penal y una específica forma de operar del castigo. Establecido ese enlace “natural”, las demás funciones son excluidas no en tanto mecanismos fácticamente disfuncionales, sino en virtud de su incongruencia con el núcleo normativo que se le asigna al sistema. Empero, efectuada la demarcación analítica aquí propuesta, podrá advertirse que no hay nexos *necesarios* entre el contenido que justificaría normativamente la institución y el mecanismo instrumental que se elige para materializarlo. Y si la función existe y admite justificarse con independencia del discurso que la legitima, en principio nada obsta para que unas y otros se combinen indistintamente⁷⁷.

Cuando se realiza el deslinde entre ambas categorías se advierte que es también posible desacoplar las distintas operaciones que en los modelos se presentan en compacta unidad. En la medida en que cada operación denota una mecánica que trasciende las fronteras de la específica propuesta en que en lo inmediato se inscriben, nada obsta para separarlas de ese marco teórico y re-articularlas luego en el contexto de una conceptualización alternativa de la dinámica del castigo en que admitan insertarse como segmentos de una función más amplia. Esta reconstrucción se esbozará más adelante. Por el momento debemos concentrarnos en extraer los insumos de que nos serviremos para ello:

⁷⁷ *En principio*, porque afirmar que los vínculos no son *necesarios* no implica que en los concretos modelos en que se instancia la pena esos vínculos no existan: la relación *de hecho* existe y da lugar al recíproco condicionamiento entre ambas dimensiones.

intentaremos sacar a la luz el núcleo de la operación que –tras los contenidos históricamente contingentes y los prejuicios históricamente asentados que predeterminan el usual modo de interpretarlas– cada teoría postula como la definitoria de la pena y, de esta suerte, como aquella que la justifica en tanto instrumento.

2.2. Función expresiva

Asignar a la pena una función expresiva supone retomar uno de los aspectos revisados en la sección anterior en calidad de rasgo estructural al concepto de pena y reformularlo como la operación que define su función. Según vimos, para lograr efectividad el castigo no puede limitarse a actuar sobre el plano fáctico sino que debe operar a nivel comunicativo. De ahí que cada modelo sea susceptible de interpretarse como una propuesta de articulación entre la dimensión externa en que aparece como violencia desnuda y la dimensión simbólica que recubre ese soporte material con un significado específico que permite diferenciarlo como una entidad institucional llamada “pena”. El modelo en análisis tiene el mérito de desplazar el foco de atención hacia esa dimensión expresiva del castigo: su instauración y concreta imposición exige que comunique algo que trascienda el espacio y tiempo al que la violencia en bruto de su ejecución fáctica lo reduce. Tal es, como vimos, la posición de Feinberg:

...el castigo es un dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación de parte de la autoridad que lo ejecuta o de aquellos ‘en cuyo nombre’ se impone. El castigo [...] posee un *significado simbólico* ausente de otras clases de penalidades.⁷⁸

Hasta aquí, imputar a la pena una función expresiva nada agrega a lo antes dicho, a saber, que sólo con la asociación institucional de una dimensión simbólica la violencia fáctica adquiere el estatus que permite diferenciarla como la lícita ejecución de un castigo y, de esta suerte, cumplir la función social que está llamada a desempeñar. Que su específica función sea la de expresar “algo” presupone una definición basada en su condición de *medio*: la pena no se justifica por si misma sino en virtud de su capacidad de operar instrumentalmente de cara a fines extrínsecos, en este caso, por su potencial ex-

⁷⁸ FEINBERG, J., *op. cit.*, p. 98 [Destacado original] (Traducción propia).

presivo. Sin embargo, a partir de la constatación de que la facticidad en que se encarna opera como soporte para la transmisión de un mensaje, esto es, como plataforma material sobre la que se articula un discurso; pueden derivarse dos modelos que comparten el énfasis sobre esta dimensión expresiva pero se diferencian significativamente al definir la naturaleza del mensaje transmitido y el modo en que la expresión tiene lugar.

Por un lado, el centro de atención puede circunscribirse a la ejecución del castigo como acto de inmediata satisfacción de una necesidad expresiva albergada por quien lo realiza o por aquellos en cuyo nombre lo hace. En este caso, el castigo sirve para la manifestación de un *sentimiento*; específicamente –se sostiene– serviría como mecanismo de expresión del instintivo e irracional sentimiento de *venganza* que emergería en las víctimas u ofendidos como respuesta natural y espontánea ante la ofensa del crimen. La esfera de acción del contenido expresado a través de pena se restringe así al acto que lo expresa. Con la manifestación de la ira o indignación, su rol termina. Saciadas las ansias vindicativas el equilibrio se restituye; la violencia latente en forma de resentimiento se canaliza desplegándose en el marco pre-definido por el derecho. El fragmento de violencia avalado por el derecho como expresión controlada del sentimiento de venganza sirve de “válvula de escape”: satisface ese deseo irracional evitando el surgimiento de focos de violencia informe y salvaguardando así la estabilidad del orden social. Al mismo tiempo, opera al modo de formalización apropiadora: la violencia reconocida por el derecho deja de ser, por ese sólo hecho, violencia pura o natural, pierde su condición de amenaza disruptiva para re-significarse como instrumento funcional a la conservación del orden instituido; en otros palabras, pierde su estatus de violencia para re-constituirse en pena.

Se sigue que, en lo inmediato, el ámbito de operación de la pena se concentra en los ofendidos por el crimen, quienes a través de ella ven satisfechas sus ansias de represalia. En lo mediato, cobra sentido como mecanismo de estabilización del orden social al permitir una manifestación de la violencia acotada a los cauces jurídicos, reduciendo así

el riesgo de que se exprese por vías informales que amenacen el equilibrio institucionalizado y, junto a ello, el monopolio en el ejercicio de la violencia que ostenta el derecho. Los efectos de la pena así entendida se producen fundamentalmente en quien expresa –o en aquellos en cuya re-presentación se expresa– el sentimiento: por esa vía libera la fuerza latente y, apaciguando sus instintos violentos, indirectamente salvaguarda la paz social.

Por otro lado, puede entenderse que la pena expresa un contenido de diversa naturaleza: podría decirse que en lugar de expresar un *sentimiento* –con la connotación de irracionalidad y emotividad instintiva que se le asocia– como el deseo de venganza, la pena expresa ahora un *sentido*. Al hablar de “sentido” en vez de “sentimiento” busca enfatizarse (de modo sin duda sobresimplificado) que en esta segunda versión el castigo pretende transmitir lo que, en términos estrictos, podría considerarse un mensaje o discurso, es decir, un contenido declarativo cuyo significado ostenta validez propia. El contenido declarado adquiere un valor paralelo y autónomo respecto al acto que lo enuncia. En la medida en que ingresa a la esfera discursiva, su ámbito de operación comprende necesariamente a terceros distintos a quien formula el mensaje y en su emisión se alberga –implícitamente o no– la pretensión de que éste sea comprendido por un destinatario. Así, la justificación de la acción declarativa se encuentra condicionada a su aptitud para lograr que el texto enunciado sea interpretado en el específico sentido en que quien lo articula pretende lo sea. De esta suerte, la pena como expresión de un sentido o significado no se agota en el acto de expresión –en contraste con la expresión de un sentimiento–; apela, antes bien, a la comprensión del contenido declarado por parte del interlocutor y/o audiencia.

El mensaje que mediante el castigo se busca expresar posee un sentido primordialmente moral: la pena opera como plataforma para la expresión del reproche, reprobación o condena pública del que el delincuente se hace acreedor por haber ejecutado una acción delictiva, esto es, normativamente incorrecta y, por tanto, censurable. La pe-

na expresa esa censura y aspira a ser intersubjetivamente captada como pública declaración de condena moral. Como instrumento, se articula en directa relación a su capacidad de favorecer la consecución del fin expresivo-reprobatorio que justifica su ejecución y, en general, la existencia de la institución. Así, sin necesidad de descartar que constituya también una manifestación de deseos o sentimientos, el efecto de su expresión no se limita al puro acto expresivo sino que lo trasciende, dirigiendo su atención hacia su virtualidad de ser comprendida por el castigado y/o por la sociedad en general como manifestación de un juicio de censura moral en respuesta al sentido normativamente inválido del delito, esto es, declaración de la responsabilidad que sobre el delincuente recae haciéndolo merecedor de la reprobación colectiva que por esta vía recibe pública manifestación. Ello no obsta, claro está, a que en lo mediato la función social de esa expresión significativa que vehiculiza el reproche se encuentre condicionada a su capacidad de generar efectos a nivel global como mecanismo de reafirmación simbólica de la incólume vigencia del sistema axiológico consagrado por el orden institucional en que la pena cobra existencia.

Veremos a continuación modelos que se insertan en una y otra vertiente de la función expresiva del castigo.

2.2.1. Expresión de sentimiento: venganza

Si, como hemos sostenido desde un inicio, la pena debe comprenderse en su dimensión de dispositivo instrumental, se sigue que su naturaleza es fundamentalmente la de un *medio* para la consecución de fines que la trascienden. Ahora bien, es un lugar común sostener que en sus orígenes la pena adopta la forma de *venganza*⁷⁹. En este supuesto el foco de la acción vindicativa está en su capacidad de expresar un sentimiento. Ahora, si el impulso que motiva la punición escapa al ámbito del actuar susceptible de control racional, se excluye la posibilidad de que su modo de ejecución obedezca a una

⁷⁹ Sobre el origen histórico de la pena interpretado en este sentido, véase: LISZT, F. v., *op. cit.*, pp. 72 y ss.; CARRARA, F., *op. cit.*, pp. [§587-597] 35-43; RÍO, J. R. d. 1945., *op. cit.*, pp. 8 y ss.; RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, M. d., *op. cit.*, pp. 15 y ss. Según Jescheck, “[e]l origen de la pena reside en la oscuridad de creencias mágicas dominantes en la antigüedad, en virtud de las cuales la *venganza del ofendido y su clan* frente al delincuente y al suyo, se combinaba con *actos simbólicos dirigidos a la reconciliación con los Dioses enojados por la comisión del hecho*.” (JESCHECK, H.-H. 1981. Tratado de derecho penal. Parte general. 5ª ed. Granada. Comares (2002). p. [§8] 69 [Destacado agregado]). Si en el primer aspecto asigna al castigo la función expresiva de sentimientos (satisfacción de impulsos irracionales), en el segundo Jescheck introduce un componente de racionalidad funcional que articula la pena de acuerdo a sus efectos sociales en el marco de un discurso teológico, aproximándolo al modelo sacrificial del “chivo expiatorio” que más adelante revisaremos [véase *infra*. §III.2.3.]. Compartiendo su condición de *venganza* pero rechazando su naturaleza originalmente *privada*, Durkheim: “No se puede citar una sola sociedad en que la *vendetta* [venganza privada] haya sido la forma primitiva de la pena. Por el contrario, es indudable que el derecho penal en su origen era esencialmente religioso.”; “La venganza privada no es, pues, el prototipo de la pena; al contrario, no es más que una pena imperfecta.” (DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 108; 111). Sin duda esta posición que entiende la práctica punitiva primitiva exclusivamente en términos de una irracional satisfacción de instintos vindicativos, se corresponde con el “mito del salvaje”, esto es, con el prejuicio eurocéntrico que descarta *a priori* la posibilidad de que el “primitivo” pueda gozar de un estatus racional en algún sentido homologable al propio y rebaja su condición al estado de animalidad –o lo aproxima significativamente a él–. Ahora, con la evolución de la antropología moderna el portador de ese instinto de venganza que exige satisfacción mediante el castigo va progresivamente extendiéndose desde la esfera del sujeto individual (como expresión de su impenetrable irracionalidad animal) hacia agrupaciones humanas cada vez más amplias (la familia, el clan, la tribu, etc.). Así, llega un punto en que continuar afirmando su naturaleza “instintiva” empieza a perder sentido –el nexo de determinación biológica empieza a disolverse conforme se amplía el grupo sometido a su efecto– y el “eurocéntrico” se ve obligado a “concederle” cada vez mayores cuotas de racionalidad. Pese a esto, la posición teórica que apela a la condición biológica de la psiquis humana para explicar la función del castigo mantiene cierta vigencia una vez superadas las primeras versiones basadas en el señalado prejuicio etnocéntrico –matizado y más o menos solapado– que lo reserva a las culturas primitivas, para postularse como rasgo común a todo ser humano –lo que por cierto incluye a los occidentales–.

deliberada organización en pos de la maximización de su eficacia de cara al objetivo o finalidad que con su instauración se persigue. Es decir, en tanto el sentimiento como tal carece de una base racional que justifique se emergencia y la acción en que se externaliza como producto de un razonamiento susceptible de control intersubjetivo, la posibilidad de concebir el castigo como un *medio* para su expresión resulta cuestionada.

Una caracterización con un énfasis de esta índole sobre la dimensión irracional del castigo, puede encontrarse en Durkheim:

En primer lugar, la pena consiste en una reacción pasional. Esta característica se manifiesta tanto más cuanto se trata de sociedades menos civilizadas. En efecto, los pueblos primitivos castigan por castigar, hacen sufrir al culpable únicamente por hacerlo sufrir y sin esperar para ellos mismos ventaja alguna del sufrimiento que imponen. La prueba está en que no buscan ni castigar lo justo ni castigar útilmente, sino sólo castigar. Por eso castigan a los animales que han cometido el acto reprobado, e incluso a los seres inanimados que han sido el instrumento pasivo. Cuando la pena sólo se aplica a personas, extiéndese con frecuencia más allá del culpable y va hasta alcanzar inocentes: a su mujer, a sus hijos, sus vecinos, etc. Y es que la pasión, que constituye el alma de la pena, no se detiene hasta después de agotada. Si, pues, ha destruido a quien más inmediatamente la ha suscitado, como le quedan algunas fuerzas, se extiende más aún, de una manera completamente mecánica. Incluso cuando es lo bastante moderada para no coger más que al culpable, hace sentir su presencia por la tendencia que tiene a rebasar en gravedad el acto contra el cual reacciona. De ahí vienen los refinamientos de dolor agregado al último suplicio.⁸⁰

En este contexto la pena aparece como *reacción pasional* o, en términos de Liszt, *acción instintiva*. Por consiguiente, a juicio de este último, en su versión “primitiva” constituye una *reacción no determinada por una finalidad*⁸¹:

...la pena primitiva es acción instintiva [...] consecuencia del afán de autoafirmación del individuo y autoconservación individual (y con ello también y en último término conservación de la especie), la que reacciona frente a perturbaciones exteriores de sus condiciones vitales a través de

⁸⁰ DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 101-2.

⁸¹ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 66.

acciones que repelen la causa de tales perturbaciones. Así quedaría a la vez justificada y explicada [...] nuestra tesis sobre la ausencia de la idea de fin en la penalidad primitiva, toda vez que el instinto se distingue [...] por su ciego e impulsivo actuar, de la voluntad en sentido estricto.⁸²

El castigo primitivo se concibe entonces como venganza, en particular, como venganza privada⁸³. La venganza constituye una reacción irracional ante un acto que se capta como amenaza a la propia subsistencia; “defensa por medio de ataque”⁸⁴ impulsada por un instinto inscrito en la naturaleza humana: el instinto de auto-conservación:

El mantenimiento de la individualidad en toda su fuerza frente a otros individuos cósmicos es el contenido de todo acto de venganza, y en cada individuo cósmico se asienta el instinto de conservar su individualidad.⁸⁵

El castigo exhibe una dimensión expresiva; esta dimensión denota sin duda su condición instrumental: su sentido reside en expresar lo que supone debe expresar. Ahora bien, esta condición de medio se inscribe, en el caso de la expresión de sentimientos, dentro de una cadena que opera de modo mecánico, esto es, de acuerdo al determinismo estructuralista revisado y rechazado en el primer capítulo⁸⁶. Tal como vimos, para hablar de función social de una acción, ésta debe correlacionarse con un resultado que ostente el estatus de finalidad: la función de la entidad que ejerce la acción es producir, median-

⁸² *Ibid.*, p. 68.

⁸³ Como señala Radcliffe-Brown respecto a un específico grupo étnico: “Los andamaneses tenían una conciencia social desarrollada, es decir, un sistema de conceptos morales respecto al bien y al mal, pero el castigo del crimen por la colectividad no existía entre ellos. *Si un individuo sufría un daño, le correspondía a él vengarse, con tal que lo quisiera o pudiera.*” (RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1922. *The Andaman Islanders*, citado en: GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 24 [Destacado agregado]). Contra la dimensión privada de la venganza primitiva: Durkheim (DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 108 y ss.). A su juicio, la pena tiene un carácter netamente social; si la *vendetta* en efecto tiene lugar debe interpretarse como “un castigo que la sociedad reconoce como legítimo, pero que deja a los particulares el cuidado de infligir”. Más aún, nos advierte que en sí misma “la *vendetta* es cosa eminentemente colectiva. No es el individuo el que se venga, sino su clan...” (*Ibid.*, pp. 110; 111 n.1 [Destacado agregado]).

⁸⁴ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 79.

⁸⁵ POST, A. H. 1880. *Bausteine für eine allgemeine Rechtsweissenschaft auf vergleichend ethnologischer Basis* [Elementos para una ciencia jurídica general sobre la base etnográfica]. Vol. I. p. 140, citado en: LISZT, F. v., *op. cit.*, pp. 69-70 n. 13.

⁸⁶ Véase *supra*. §I.1.3.

te ella, ese resultado. Ahora, la necesidad en virtud de la cual se articula el efecto como finalidad –y, de esta suerte, se redefine la acción que la satisface como su función– se encuentra determinada, en este modelo, por un dato netamente fáctico: se trata de una necesidad emanada de una estructura objetiva, de la naturaleza; en particular, de la naturaleza humana. El instinto de auto-conservación conduce de modo inmediato (es decir: de modo no mediado por la razón-volición) a una reacción en forma de venganza frente a lo que se percibe como una amenaza a las condiciones individuales de subsistencia.

Estímulo y reacción se mantienen circunscritos al plano de la facticidad⁸⁷. Por tanto la pena no puede sino carecer de *sentido*; su rol en la expresión de un *sentimiento* opera de acuerdo a un determinismo causalista que no trasciende en instante alguno la esfera del devenir natural; el curso espontáneo de la naturaleza –instanciado en una determinada constitución orgánica del ser humano en tanto ser animal– determina la secuencia a través de la cual la venganza tiene lugar como reacción impulsivamente determinada por el innato instinto de auto-conservación. El ser humano es intermediario pasivo de un flujo regido por leyes que lo trascienden y que accidentalmente se expresan en él a raíz de su pertenencia al orden natural en que ellas imperan⁸⁸:

Tal como el animal, así también el hombre primitivo reacciona contra entorpecimientos externos, sea que provengan de un ser vivo, racional o irracional, sea que tengan su origen en la lucha de las fuerzas naturales; como en aquél, así se da en éste la reacción como una autoafirmación, por destrucción o lesión de quien se capta como autor del entorpecimiento.⁸⁹

⁸⁷ Según Liszt, “la pena es acción que repele; es acción, o sea, movimiento corporal; constituye una intervención en el mundo exterior, un ataque a la causa de la acción perturbadora”. (LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 77).

⁸⁸ Lo que Post –citado por Liszt– denomina una “ley cósmica general”: “El sentimiento de venganza es muy general; no se dirige sólo contra otros hombres. Cuando no es domeñado por el intelecto, se dirige también contra animales u objetos inanimados. Tampoco es exclusivo del hombre; lo conoce asimismo el animal. Esto guarda relación, al parecer, con la forma de expresión teluricoorgánica de una ley cósmica general, que actúa sobre el hombre por ser éste un individuo cósmico.” (POST, A. H. 1880., *op. cit.*, p. 140, citado en: LISZT, F. v., *op. cit.*, pp. 69-70 n. 13).

⁸⁹ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 69.

Se sigue que en este contexto el énfasis sobre la dimensión expresiva se inserta en un modelo teórico incompatible con nuestra pretensión de entender la pena como instrumento en el marco del derecho penal y del derecho en general como realidad institucional. El castigo como vehículo de una venganza instintivamente motivada se mantiene preso en la facticidad muda del devenir natural, ajeno a la subjetividad y voluntad de los individuos a través de los cuales, sin embargo, opera. Si es medio o instrumento, lo es no de la voluntad humana sino de las leyes que rigen el orden natural y sólo mediamente a los hombres en tanto seres naturalmente constituidos. La dimensión instituyente como externalización de la subjetividad y la posibilidad de articular artefactos institucionales en función de la satisfacción de las necesidades sociales que la propia colectividad erige como tales, se encuentran conceptualmente excluidas⁹⁰.

Desde esta óptica, como dijimos, la operación expresiva se agota en el acto de expresión de indignación en forma de venganza. Esto tiene un rol a nivel social en la medida en que satisface un impulso violento existente en estado de latencia y, de este modo, asegura que ulteriormente no se manifieste por vías alternativas que amenacen la armonía social⁹¹. El orden se mantiene estable en la medida en que a fuerzas que resul-

⁹⁰ Para estos efectos resulta indiferente que el orden objetivo en virtud de cuyas leyes se desenvuelve la dinámica de la pena como venganza instintiva se conciba en términos netamente fácticos con base positivista-biologicista como en Liszt; o de acuerdo al estructuralismo objetivista de Durkheim (DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 101 y ss.); o se entienda emanación de un orden en última instancia divino como en Carrara. Para este último “los hombres primitivos fueron impulsados por el sentimiento de *venganza* a infligirle un mal al que le hubiera causado un mal a otro, y ello mucho antes que las especulaciones racionales demostraran que ese procedimiento estaba de acuerdo con la justicia y que era indispensable para la defensa de los derechos humanos. De esta manera el Creador omnipotente conduce a la criatura a la ciega observancia de sus leyes. La armonía universal es el resultado de un principio único, constituido por el Supremo Motor, como órgano del orden y del progreso en la creación, así en el mundo físico como en el mundo moral.” (CARRARA, F., *op. cit.*, p. [§592] 41 [Destacado original]) Así, con independencia de su contenido, la fuerza determinista de la estructura objetiva por sobre la definición funcional de la acción social es absoluta y, por ende, la intervención de la subjetividad humana en términos de una operación instituyente resulta suprimida.

⁹¹ Es posible, por tanto, reconocer en esta (re)acción mecánicamente determinada una función esencial. En efecto, según Durkheim, “es un error creer que la venganza es sólo una crueldad inútil. Es posible que en sí misma consista en una reacción mecánica y sin finalidad, en un movimiento pasional e ininteligente, en una necesidad no razonada de destruir; pero, de hecho, lo que tiende a destruir era una amenaza para nosotros. Constituye, pues, en realidad, un verdadero acto de defensa, aun cuando instintivo

tan disfuncionales a su equilibrio interno se les provee una “vía de escape” a través del controlado ejercicio de la venganza. En palabras de Durkheim:

Aunque procede de una reacción absolutamente mecánica, de movimientos pasionales y en gran parte irreflexivos, no deja de desempeñar un papel útil. Sólo que ese papel no lo desempeña allí donde de ordinario se le ve. No sirve, o no sirve sino muy secundariamente, para corregir al culpable o para intimidar a sus posibles imitadores [...]. *Su verdadera función es mantener intacta la cohesión social*, conservando en toda su vitalidad la conciencia común. Si se la negara de manera categórica, perdería aquélla necesariamente su energía, como no viniera a compensar esta pérdida una reacción emocional de la comunidad, y resultaría entonces un aflojamiento de la solidaridad social. Es preciso, pues, que se afirme con estruendo desde el momento que se la contradice, y el único medio de afirmarse es expresar la aversión unánime que el crimen continúa inspirando, por medio de un acto auténtico, que sólo puede consistir en un dolor que se le inflige al agente. Por eso, aun siendo un *producto necesario de las causas que lo engendran*, este dolor no es una crueldad gratuita.⁹²

Sin duda, más allá del modelo que postula como su función primordial la expresión de sentimientos de venganza, lo recién expuesto remite a una operación inherente a la estructura del castigo: esta “canalización” o formalización de la violencia define la operación del derecho instituido en términos de violencia conservadora⁹³.

En el marco de la función bajo análisis, este mecanismo admite también explicaciones en términos psicológicos:

La pena es el significado de una compensación por la renuncia al sadismo. La identificación con la sociedad que ejerce el *ius puniendi*

e irreflexivo. No nos vengamos sino de lo que nos ha ocasionado un mal, y lo que nos ha causado un mal es siempre un peligro. El instinto de venganza no es, en suma, más que el instinto de autoconservación exagerado por el peligro. (DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, p. 103).

⁹² DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 126-7 [Destacado agregado]. Cfr. JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, pp. 22-3; 34; JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, pp. 52; 55.

⁹³ Véase *supra*. §II.1.3. Del mismo modo lo interpreta Girard a propósito de la función del sacrificio –función que nosotros denominaremos expiatoria [véase *infra*. §III.2.3.]– respecto a lo que llama “la verdad más elemental de la violencia”, a saber, que: “[c]uando no es satisfecha, [...] sigue almacenándose hasta el momento en que desborda y se esparce por los alrededores con efectos más desastrosos. El sacrificio intenta dominar y canalizar en la ‘buena’ dirección los desplazamientos y las sustituciones espontáneas que entonces se operan.” (GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 17).

permite al hombre justo la posibilidad de perpetrar agresiones en una forma legal. Y como esta vivencia merma el número de las agresiones a reprimir, se facilita con ella la tarea represiva. Todo procedimiento judicial, y especialmente la ejecución de la pena de muerte, tiene a menudo el carácter de un espectáculo y sirve de *válvula de escape* a las agresiones, lo mismo que las luchas de los gladiadores en la antigua Roma o las corridas de toros españolas.⁹⁴

Aquí el fin de la pena –señala Alcácer Guirao– “es el de estabilizar la conciencia jurídica y la paz social, restituyendo el clima emocional alterado por el delito”, cuestión que se alcanza “por medio de la satisfacción de los instintos de agresión y venganza generados en la colectividad como consecuencia de la acción delictiva”⁹⁵. Se sigue que esta explicación, siendo psicológica, es a su vez fundamentalmente social:

La pena sirve, así, al fin de satisfacción de dichos instintos colectivos de venganza, restableciendo el equilibrio afectivo y restituyendo la vigencia del tabú, fortaleciendo con ello el súper-yo formado por la internalización de los valores inscritos en las mismas. El castigo sobre el delincuente conlleva, además, un fundamental mecanismo de *integración*: con la satisfacción producida por el castigo y por medio de la exclusión y estigmatización simbólica de aquél, el grupo reafirma y refuerza sus lazos morales y afectivos, cohesionando sus vínculos.⁹⁶

Así, esta interpretación psicológica de la pasional reacción vindicativa entronca con la explicación de Durkheim de la mecánica de integración colectiva que opera a través de la pena entendida como instintiva expresión de un sentimiento de naturaleza estrictamente social:

Si, pues, los sentimientos que ofende el crimen son, en el seno de una misma sociedad, los más universalmente colectivos que puede haber; si, pues, son incluso estados particularmente fuertes de la conciencia co-

⁹⁴ ALEXANDER, F. y STAUB, H. 1961. El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico. Madrid. Biblioteca Nueva. pp. 241-2, citado en: RIVACOBAS Y RIVACOBAS, M. d., *op. cit.*, p. 19. De este modo –continúa el argumento– “se subliman y satisfacen en su ejercicio nuestros respectivos impulsos agresivos y antisociales y somos resarcidos del sadismo que a título individual renunciamos en la colectividad y del daño que como personas no hacemos”. (*Ibid.*, p. 19).

⁹⁵ ALCÁCER GUIRAO, R. 2004., *op. cit.*, p. 73.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 73-4 [Destacado agregado].

mún, es imposible que toleren la contradicción. Sobre todo si esta contradicción no es puramente teórica, si se afirma, no sólo con palabras, sino con actos, como entonces llega a su *máximum*, no podemos dejar de resistirnos contra ella con pasión. Un simple poner las cosas en su lugar no basta: necesitamos una satisfacción más violenta. La fuerza contra la cual el crimen viene a chocar es demasiado intensa para reaccionar con tanta moderación. No lo podría hacer, además, sin debilitarse, ya que, gracias a la intensidad de la reacción, se rehace y se mantiene en el mismo grado de energía.⁹⁷

Más allá de estas explicaciones, sobre las que aquí no cabe detenerse, lo importante es percibir que en este modelo de caracterización de la función de la pena la causa de la acción es el instinto natural de auto-conservación y su efecto la re-estabilización del orden social alterado por la ofensa: tanto causa como efecto escapan a la voluntad humana, se mantienen circunscritos a la esfera de la facticidad.

Si se rechaza, como hemos hecho, la posibilidad de concebir una función social en virtud de su correlación con necesidades naturales, la función de pena no puede definirse mediante su comprensión como reacción instintiva, como expresión y satisfacción de una necesidad natural de venganza que emerge como sentimiento a partir de la naturaleza biológica del hombre.

* * *

Empero, del hecho de que la función que justifica al castigo no pueda reducirse a la expresión de indignación en forma de venganza, no se sigue que carezca de sentido admitir en su seno operaciones que escapan a la posibilidad de ser racionalmente comprendidas. Pese a nuestra pretensión de inscribir su articulación en el marco de una estructura institucional concebida como producto humano deliberadamente diseñado de

⁹⁷ DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, p. 117. Cfr. RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1933a. Sanciones sociales. En: RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1969., *op. cit.*, p. 239.

acuerdo a fines que los propios agentes definen, no puede excluirse de plano que impulsos irracionales operen también como motores subterráneos en una práctica que inexorablemente comporta componentes emocionales⁹⁸. Recordemos que por definición la pena ha de constituirse en un mal: imposición de sufrimiento o dolor al penado. Y esta imposición de sufrimiento a un otro con toda certeza conlleva una afectación de su emocionalidad que, por su parte, habrá de tener un correlato en la subjetividad de quien lo impone y de los terceros espectadores –más o menos pasivos– del dolor ajeno⁹⁹. En base a una pretendida asepsia científicista que busque depurar su objeto de estudio de todo componente de irracionalidad –esto es, de todo elemento *prima facie* incongruente con la plataforma cognoscitiva desde la que se emprende el análisis–, no puede extirparse de cuajo y sin más la dimensión emocional de una práctica dirigida precisamente a la producción de dolor. Resulta insostenible, por ende, negar la presencia del sentimiento en el seno de la práctica punitiva.

La indignación, la ira que despierta el crimen, es un dato indubitable. Y esta indignación guarda estrecha relación con su condición de violencia. La violencia que llamamos informe es también, en un sentido más amplio, violencia irracional; fuerza que no se deja aprehender por las categorías de la razón que permitirían adscribirle un sentido. En la medida en que escapa a las categorías con las que disponemos para acceder a

⁹⁸ A juicio de Durkheim, “[e]ntre la pena de hoy y la de antes no existe [...] un abismo”; ésta “ha seguido, pues, siendo para nosotros lo que era para nuestros padres. Es todavía un acto de venganza puesto que es un acto de expiación”. Así pues, señala, “la naturaleza de la pena no ha cambiado esencialmente. Todo cuanto puede decirse es que la necesidad de venganza está mejor dirigida hoy que antes.” (DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 103; 105; 106). Puede entonces definir el concepto de pena del siguiente modo: “La pena consiste, [...] en una reacción pasional, de intensidad graduada, que la sociedad ejerce por intermedio de un cuerpo constituido sobre aquellos de sus miembros que han violado ciertas reglas de conducta.” (*Ibid.*, p. 113).

⁹⁹ De la admisión de este irreductible componente de emocionalidad al interior de la práctica punitiva, deriva Jescheck una posible justificación *social-psicológica* de la misma: “la pena es necesaria para satisfacer la necesidad de justicia de la comunidad. Sería imposible una convivencia pacífica de las personas, si el Estado se limitará a la defensa frente a la comisión inminente de delitos y exigiera tanto al ofendido como a la comunidad tolerar el delito cometido y vivir con su autor como si no hubiera sucedido injusto alguno. La justicia del linchamiento y el retorno a la pena privada serían, sin duda, consecuencias inmediatas...” (JESCHECK, H.-H., *op. cit.*, p. [§8] 70).

lo real, esa fuerza se torna incomprensible. Su rechazo “instintivo” no denota únicamente el aspecto en que la violencia del crimen desconoce o niega nuestras categorías morales del actuar debido. El rechazo que genera se encuentra también fuertemente determinado por nuestra incapacidad de insertarla en nuestras categorías más elementales de lo cognoscible. Las acciones de esa índole exhiben una opacidad epistémica que motiva un rechazo más primario que el emanado de la repugnancia moral. Como plantean Berger y Luckmann, “[I]o que en la sociedad se da por establecido como conocimiento, llega a ser simultáneo con lo cognoscible”¹⁰⁰:

Dado que dicho conocimiento se objetiva socialmente *como* tal, o sea, como un cuerpo de verdades válidas en general acerca de la realidad, cualquier desviación radical que se aparte del orden institucional aparece como una desviación de la realidad, y puede llamársela depravación moral, enfermedad mental, o ignorancia a secas. Si bien estas distinciones sutiles gravitarán, como es obvio, en el tratamiento del desviado, comparten todas un *status* cognoscitivo inferior dentro del mundo social particular, que de esta manera se convierte en el mundo *tout court*.¹⁰¹

Podría especularse que en el rechazo a lo que definitivamente escapa a nuestras categorías de aprehensión y comprensión de lo real, subyace la inveterada resistencia del hombre occidental a admitir la finitud de su conocimiento¹⁰². Aquello que no puede comprender, era antes divinizado o demonizado¹⁰³; hoy es de algún modo neutralizado. Un modo de hacerlo es desplazar su sentido: re-significar la incomprensibilidad epistemológica como repugnancia ética.

¹⁰⁰ BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, p. 89.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 89.

¹⁰² Como señalan Horkheimer/Adorno, “El programa de la Ilustración era el desencantamiento del mundo. Pretendía disolver mitos y derrocar la imaginación mediante la ciencia”. De esta ambición racionalista deriva que para el sujeto moderno “[n]ada absolutamente debe existir fuera, pues la sola idea del exterior es la genuina fuente del miedo.” (HORKHEIMER, M. y ADORNO, T. W. 1969. *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*. 2ª ed. Madrid. Trotta (1998). pp. 59; 70).

¹⁰³ “Primario, indiferenciado es todo lo desconocido, extraño; aquello que trasciende el ámbito de la experiencia, lo que en las cosas es algo más que su realidad ya conocida. Lo que el primitivo experimenta como sobrenatural no es una sustancia espiritual en cuanto opuesta a la material, sino la complejidad de lo natural frente al miembro individual. El grito de terror con que se experimenta lo insólito se convierte en nombre de éste. Él fija la trascendencia de lo desconocido frente a lo conocido, y con ello convierte el estremecimiento en sagrado.” (*Ibid.*, pp. 69-70).

En última instancia, se revela aquí la misma operación de re-significación retroactiva de la violencia mediante su categorización institucional: su facticidad se recubre simbólicamente adquiriendo un estatus diferenciado que la reconvierte en castigo. Apuntar a la venganza como el impulso irracional del que emerge la pena tiene la virtud de recordarnos la inextirpable violencia que subsiste intacta en la estructura del castigo no obstante la mutación de su exterior emanada de su progresiva formalización.

Si bien nos distanciamos decisivamente de la aproximación determinista que comprende la pena como expresión de un sentimiento fundado en instintos de raigambre orgánica, podemos rescatar su aporte re-interpretando las alusiones objetivistas en términos de una violencia simbólicamente instituida. La “reacción instintiva” que exhibe la irracionalidad vengativa podría leerse en términos de una violencia que, en tanto informe o desnuda, resulta inaprehensible para las categorías epistemológicas y éticas con las que en un momento histórico dado contamos para acceder a la realidad. En la medida en que escapan a nuestra capacidad de comprensión, inspiran un rechazo culturalmente determinado por la ambición racionalista del sujeto occidental de extender su saber –y correlativamente su control– sobre la integridad de lo real¹⁰⁴. E incluso prescindiendo de esta secular ambición, ya el hecho de que la violencia plantee una divergencia significativa con las categorías históricamente asentadas con que nos relacionamos con los otros y/o con el entorno, genera de por sí, en distintos grados, un desequilibrio que, como tal, llama a enfrentar esa perturbación como una amenaza a neutralizar: ya sea negando su validez e inocuizando a quien la protagoniza; ya sea afirmándola mediante su incorporación al aparato institucional para luego re-significarla de modo tal que su estatus de violencia

¹⁰⁴ Desde la perspectiva ilustrada el *saber* se encuentra indisolublemente ligado al *poder*: la desacralización de la naturaleza, por ejemplo, es precondition para su científica comprensión, y ésta, condición para su sometimiento al control humano: “Mediante el pensamiento los hombres se distancian de la naturaleza para ponerla frente a sí de tal modo que pueda ser dominada”; “Lo que los hombres quieren aprender de la naturaleza es servirse de ella para dominarla por completo, a ella y a los hombres”. (*Ibid.*, pp. 92; 60).

resulte simbólicamente anulado. Para tal operación existe el derecho: la violencia primera es la del crimen; la segunda violencia “des-violentizada” es la de la pena.

2.2.2. Expresión de sentido: reprobación

Si la pena se caracteriza por su función expresiva pero la expresión misma se inscribe en una cadena mecánicamente determinada por el instinto de auto-conservación que espontáneamente se condensa en el sentimiento de venganza manifestado y satisfecho a través de la punición; resulta imposible inscribir el castigo en una estructura institucional que articule su concreta configuración en función de fines que lo trasciendan. La pena así concebida resulta totalmente disociada de la dimensión de reprobación o condena ética que usualmente le asociamos:

Como acción instintiva no puede ser la pena expresión de un juicio valorativo de quien castiga; no puede tener su origen en una acción del castigado, reconociéndolo como inmoral. La acción instintiva no tiene nada que ver con la ética.¹⁰⁵

¿Por qué la pena como venganza no puede constituirse en expresión de un juicio valorativo de condena a quien se le impone? Porque, como advierte Liszt¹⁰⁶, para que el castigo sea expresión de un reproche ético su ejecución habría de entenderse como un acto de aplicación de una norma pre-existente que, calificando deónticamente *qua* crimen la acción del castigado, avale su imposición. Entender que el castigo expresa un reproche moral supone establecer una relación de instrumentalidad funcional entre éste y la norma a cuya salvaguarda se orienta su ejecución. La pena pretende para sí un sentido que trasciende su inmediata realización y remite a una norma extrínseca; su concreta articulación aparece regulativamente determinada por dicho patrón trascendente que

¹⁰⁵ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 75.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 78.

opera como finalidad a la que, en tanto medio, se orienta. En cambio, por su naturaleza instintiva, la reacción vindicativa es “violenta, irracional y *anómica*”¹⁰⁷.

En la medida en que el castigo es reacción instintiva, su operación no aparece mediada por la subjetividad de quienes lo imponen¹⁰⁸. Opera, como dijimos, mecánicamente: fragmento de naturaleza que reacciona auto-afirmándose ante perturbaciones que amenazan su existencia. Luego, en este proceso no hay espacio para la participación de precepto alguno que defina la (in)corrección moral de la acción en respuesta a la cual se despliega. La reprobación supone el ejercicio subjetivo de correlacionar una norma dotada de validez substantiva con un hecho, para determinar si éste puede comprenderse como su infracción y, entonces, como un acto que avala la formulación de un juicio moral que exprese su condena y eventualmente se externalice en la imposición de una sanción. Si, en cambio, el castigo opera como venganza, y ésta como vehículo para la manifestación de un sentimiento instintivamente impulsado; se sigue la total desvinculación entre una dinámica netamente circunscrita a la exterioridad fáctica y la expresión de un reproche ético que en la asignación (inter)subjetiva de sentido normativo al acto de punir necesariamente apela a una dimensión interna. Consecuencia de lo anterior es que, si bien la pena como reacción instintiva se plantea en respuesta a lo que se percibe como amenaza a la subsistencia es, no obstante, “independiente de todo juicio moral acerca de la efectiva perturbación de las condiciones de vida”¹⁰⁹:

¹⁰⁷ RIVACOBAY RIVACOBAY, M. d., *op. cit.*, p. 16 [Destacado agregado]. Para Girard el aspecto más peligroso de la violencia vindicativa –que justifica su desviación sustitutiva a través del sacrificio del chivo expiatorio [Véase *infra*. §III.2.3.]– no radica en su oposición a las normas vigentes, en su antinormatividad; sino, precisamente, en su prescindencia de toda norma, en su carácter *anómico* –equivalente a lo que antes llamamos su condición de violencia *informe*–: “En todas partes el vocabulario de los prejuicios tribales, nacionales, etc., no expresa el odio hacia la diferencia, sino hacia su privación. No es el otro *nomos* lo que vemos en el otro sino la anomalía, no es la otra norma, sino la anormalidad; se convierte al inválido en deforme y al extranjero en apátrida.” (GIRARD, R. 1982., *op. cit.*, p. 33).

¹⁰⁸ “La pena como acción instintiva es cosa distinta de juicio de valor moral. Este último es un *hecho psíquico*, que ocurre en la conciencia del juzgador [...] En cambio, la pena es acción que repele; es acción, o sea, *movimiento corporal*; constituye una intervención en el mundo exterior...” (LISZT, F. v., *op. cit.*, pp. 76-7 [Destacado agregado]).

¹⁰⁹ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 79.

Ella se dirige contra el animal que ocasiona un daño, contra el niño, contra el insano mental; entra en escena sin consideración alguna respecto de la responsabilidad del autor, sin distinguir intención, negligencia o causalidad, y tampoco se limita exclusivamente al culpable, sino que, en la venganza de sangre, se dirige contra toda la *Sippe* de aquél¹¹⁰. El concepto de responsabilidad resulta de una larga y paulatina evolución. El juicio de valor moral no es pensable sin el concepto de culpabilidad, pero la pena apareció antes que él. Por ello, la pena tiene que ser independiente de la ética.¹¹¹

Esta falencia fundamental de la pena primitiva se supera, de acuerdo a Liszt, mediante la progresiva incorporación de la noción de *fin* como referente de sentido en virtud del cual se articulará funcionalmente:

Todo progreso de la evolución espiritual, tanto del individuo como de la humanidad, consiste en que la acción instintiva se transforma en acción voluntaria, lo que quiere decir que se reconoce la adecuación a fin de la acción instintiva y que la previsión del fin pasa a ser el motivo de la acción. Es la idea del fin lo que distingue la acción voluntaria de la acción instintiva. El instinto se coloca al servicio del fin, y la acción se adecua al objetivo.¹¹²

La posibilidad de subordinar el instinto al fin permite la apropiación (inter)subjetiva de la pena, es decir, que de modo consciente la acción social se articule teleológicamente en función de los objetivos que a través de ella la colectividad se propone alcanzar. Con ello el castigo se desacopla del determinismo estructuralista emanado de la naturaleza y admite instrumentalizarse de acuerdo a los fines que le son humanamente adscritos a través del proceso instituyente. Esta apropiación subjetiva de la pena

¹¹⁰ De acuerdo a Liszt, “La primera forma de pena primitiva, la venganza de la sangre, no es venganza privada, sino venganza de familia o de la *gens*. Tiene su raíz en la primitiva asociación, la sociedad de sangre, la *Sippe*. Originariamente, aparece como desafío de dos *gentes*; constituye derecho y deber de la *Sippe* del muerto o del lesionado, y se dirige contra toda la *Sippe* del autor, como portadora colectiva de la deuda de sangre.” (*Ibid.*, p. 72 [Destacado original]).

¹¹¹ *Ibid.*, p. 79.

¹¹² *Ibid.*, p. 83. En similar sentido, para Rivacoba “el momento en que con propiedad puede decirse que se pasa de la venganza a la pena es aquel en que *el instinto se somete a la razón* y, reconociéndose un hombre, o sea, un individuo racional y libre, en el delincuente, se infunde en la reacción social contra el delito un fondo ético y valorativo.” (RIVACOBA Y RIVACOBA, M. d., *op. cit.*, p. 17 [Destacado agregado]).

permite la correlativa apropiación e instrumentalización de la dimensión expresiva que la caracteriza. Ahora es cuando lo expresado adquiere el estatus de un discurso dotado de un significado que por sí mismo demanda atención. Ya no basta con expresar un contenido predeterminado desde la facticidad de los instintos; la comunicación mediatizada por la pena se justifica única y exclusivamente en virtud del contenido de lo comunicado. El mensaje demanda justificación autónoma, y es de esta justificación de donde emana la del acto que lo expresa, es decir, de la violencia con que exteriormente se muestra la plataforma fáctica que vehiculiza su emisión.

El contenido declarado posee una naturaleza moral que, según vimos, su conceptualización en términos de reacción instintiva excluía. La pena se entiende como respuesta institucional a la transgresión de una norma. En virtud de esa vulneración la acción adquiere un específico estatus normativo: aparece como un hecho incorrecto, éticamente reprochable. Para asignarle ese estatus de incorrección normativa ha de establecerse un nexo entre el acto y la subjetividad de quien exterioriza en él su voluntad. En particular, el juicio que postula la incorrección de la acción depende de la posibilidad de sostener que su externalización expresa una voluntad contradictoria con los patrones de corrección jurídicamente institucionalizados¹¹³.

La pena ha de expresar un específico *sentido*: debe articularse de modo tal de simbolizar a ojos de sus destinatarios un juicio de desaprobación colectiva dirigida contra el criminal por la incorrección de su actuar definido como criminal. Como señala Feinberg, “el castigo expresa el *juicio (distinguible de toda emoción)* de lo comunidad de que lo que el criminal hizo fue incorrecto”¹¹⁴. Así, debe servir de vehículo expresivo de un mensaje de condena y público reproche por su comportamiento delictivo:

Las justificaciones reprobatorias del castigo son aquellas que se centran en sus rasgos condenatorios, esto es, en su rol para expresar cen-

¹¹³ Cuestión que remite al concepto culpabilidad, clave en particular para el modelo retribucionista de justificación de la pena. Véase *infra*. §III.2.4. También: *infra*. §III.2.7.

¹¹⁴ FEINBERG, J., *op. cit.*, p. 100 [Destacado agregado] (Traducción propia).

sura o reproche. La sanción penal claramente expresa un reproche. Castigar a alguien por haber efectuado un daño consiste en imponerle una privación (un sufrimiento) en forma tal que exprese desaprobación hacia la persona por su comportamiento.¹¹⁵

La pena actúa como soporte material del mensaje que reprueba el acto antijurídico. Esto confirma que parte esencial de su función emana de su condición de dispositivo expresivo orientado no sólo a “hacer algo” (dimensión material: irrogar dolor) sino también a “significar algo” con aquello que hace (dimensión simbólica: expresar reprobación).¹¹⁶

Esta deliberada intención de transmitir un mensaje a través de la pena demanda que su concreta configuración se articule de modo tal de que lo expresado se comprenda en el sentido institucionalmente definido. A este nivel es donde en sentido estricto surge la noción de “tecnología del castigo” antes enunciada, esto es, la idea de un cuerpo de saber orientado a justificar la organización de la práctica punitiva de acuerdo a las finalidades que se le asignan como definatorias de su función. De aquí en adelante los modelos de justificación funcional de la pena resultarán congruentes con nuestra tesis de que el modo de organizarla responde a una propuesta –(potencialmente) intencional– de articulación de la dimensión material –que desde esta perspectiva opera como soporte físico– y la dimensión simbólica que se construye sobre esa facticidad para re-significarla normativamente como castigo (no-violencia).

En la medida en que se admite la posibilidad de una articulación volitivamente guiada del contenido expresado en la pena, se genera una substantiva ampliación del espectro de fines a los que ésta puede servir –en contraste con la función unilateral e inexorablemente impuesta desde la esfera de los instintos característica de la concepción de la pena como expresión de venganza–. En particular, de acuerdo a Hirsch, concebir la

¹¹⁵ HIRSCH, A. v., *op. cit.*, pp. 34-5.

¹¹⁶ En última instancia, “[s]e afirma que el asesino es ejecutado no para impedir el asesinato, sino para denunciar el carácter maligno del asesinato. [...] El reparto de dolor se usa aquí como una declaración moral.” (CHRISTIE, N., *op. cit.*, p. 47).

pena como medio de expresión de censura o reproche moral, permite considerar: (a) a la víctima; (b) al causante; y (c) a terceros.

(a) La censura considera a la víctima. Él o ella no sólo han sido lesionados, sino *agraviados* por el acto culpable de alguien. Por ello no es suficiente reconocer que la lesión ha tenido lugar y expresar simpatía (como sería lo apropiado si alguien sufrido un daño en una catástrofe natural). La censura, al dirigir la desaprobación a la persona responsable, reconoce que el daño de la víctima ocurrió por culpa de otro.

(b) La censura también considera al causante. Se le expresa un mensaje que hace referencia a su acto, a saber, que culpablemente ha lesionado a alguien y que se le desaprueba por haberlo hecho.

(c) El derecho penal le confiere a la censura incluso otro rol: el de dirigirse a terceras partes y suministrarles razones para desistir. De forma distinta al reproche en contextos cotidianos, la sanción penal anuncia por anticipado que determinadas categorías de conducta son punibles. Debido a que la sanción prescrita expresa reproche, conlleva el mensaje de que la conducta es reprobable y debiera ser evitada. No se trata necesariamente de inculcar que la conducta está mal [...]. Más bien, la censura implícita en la sanción prescrita sirve para *apelar* al sentimiento de la gente acerca del carácter dañino de la conducta, como una razón para desistir. [...] Si se pide a la gente que desista de realizar determinado comportamiento porque está mal, debe haber buenas razones para asumir que *está* mal; y el mensaje expresado a través de la pena sobre el grado de lesividad debiera reflejar cuán reprobable es, en efecto, la conducta.¹¹⁷

El castigo niega discursivamente la validez del modelo conductual implícito en el crimen como acción particular. Esa negación es condición necesaria para la correlativa afirmación de la vigencia general del orden jurídico frente a la perturbación ocasionada por el delito¹¹⁸. Tal aspecto es correctamente advertido por Rivacoba:

Más que de infligir dolor y provocar sufrimiento a nadie por el delito que haya ejecutado, se trata de desaprobarlo y significar y dar realidad a semejante desaprobación en la pena. Frente a la negación que el delito representa de los valores consagrados por una comunidad y a cuya

¹¹⁷ HIRSCH, A. v., *op. cit.*, pp. 36-7 [Destacado original].

¹¹⁸ Véase *infra*. §III.2.4.

preservación considera ésta ligadas su razón de ser y su organización y acción política y jurídica, el Derecho penal los reafirma mediante la reprobación y el reproche de los actos que los niegan, expresando y concretando tal reafirmación en su punición, es decir, denotando de manera simbólica con ella la permanencia, en la sociedad, de sus aspiraciones valorativas e ideales de vida.¹¹⁹

Por otro lado, la manifestación reprobatoria se dirige al delincuente individualmente considerado generando el espacio conceptual para que una dimensión planteada especialmente por el modelo retribucionista tenga lugar: la *culpabilidad* del sujeto como presupuesto para su (legítima) punición designa un juicio en que el castigado es –en cierto sentido– reconocido como agente moralmente autónomo. En palabras de Strawson:

...tales actitudes de desaprobación e indignación son precisamente los correlatos de la demanda moral cuando se siente que la demanda ha sido ignorada. El demandar *es* tener la propensión a tales actitudes. A diferencia de la adopción de actitudes objetivas, adoptar estas otras no entraña que a su objeto no se lo considere miembro de la comunidad moral. La suspensión parcial de la buena voluntad que conllevan *estas* actitudes, la modificación que *ellas* entrañan de la demanda general de que al otro debiera ahorrársele, si es posible, el sufrimiento es, más bien, la consecuencia de que se le *sigue* considerando miembro de la comunidad moral; sólo que como miembro que ha llevado a cabo una ofensa a pesar de las demandas que se la hacían.¹²⁰

En tanto se juzga dotado de agencia moral –copartícipe de la comunidad moral que el derecho, consagrándola, instituye–, resulta posible –y a nivel social, funcionalmente necesario– responsabilizar al sujeto por el actuar (delictivo) en que defraudó la confianza depositada por sus pares, haciéndose merecedor del juicio social de reproche moral que la pena expresa y su ejecución materializa¹²¹.

¹¹⁹ RIVACOBAY RIVACOBAY, M. d., *op. cit.*, pp. 41-2. Véase *infra*. §III.2.7.

¹²⁰ STRAWSON, P. F. 1962. Libertad y resentimiento. *En*: STRAWSON, P. F. 1995. Libertad y resentimiento. Y otros ensayos. Barcelona: Paidós. p. 63 [Destacado original].

¹²¹ MAÑALICH, J. P. 2010a., *op. cit.*, pp. 87-8. Véase *infra*. §III.2.4.

2.3. Función expiatoria

Creemos pertinente establecer una distinción al interior del modelo que tradicionalmente se identifica con este nombre. Por regla general se ve en la expiación un mecanismo de purificación individual del pecado (mal) idóneo para lograr la reconciliación del sujeto con la divinidad (bien) y su reincorporación a la comunidad de la que el crimen lo separó. En la medida en que el foco de atención reposa sobre el pecador, la pena como penitencia surte sus efectos inmediatamente sobre el penitente y se orienta prioritariamente a su reintegración a la colectividad como resultado –al punto que la frustración de ese objetivo torna ineficaz la pena–, nos parece que esta versión resulta estructuralmente indistinguible de la operación característica de lo que usualmente se conoce como “prevención especial positiva” –orientada a la reinserción, resocialización, etc.– y será, por lo tanto, revisada en ese lugar junto a modelos de expiación que prescindiendo de la connotación religiosa exhiben análoga mecánica¹²².

* * *

Sin embargo, existe otra vertiente de la expiación que, manteniendo cierto parentesco, se distingue claramente de la anterior. El eje de lo que consideraremos función expiatoria en sentido estricto puede identificarse en la mecánica de *sustitución* que conlleva. Ésta puede observarse con nitidez en el modelo de justificación del castigo que, junto con la revisada concepción de éste como expresión de un sentimiento de venganza, suele asociarse a las comunidades primitivas, a saber, su teorización como *sacrificio ritual* a partir del concepto de *chivo expiatorio*.

¹²² Véase *infra*. §III.2.6.2.

Para entender la función del sacrificio podemos analizarlo en relación de oposición al mecanismo de la venganza primitiva e inscribirlo en una fase evolutiva ulterior en el proceso enfatizado por Liszt de progresiva subordinación de la esfera instintiva que en su origen lo anima a los fines que volitivo-racionalmente se le adscriben¹²³. A juicio de Girard, el rol del sacrificio es impedir que los gérmenes de violencia intestina se externalicen; su éxito, por consiguiente, depende de su capacidad de mantener a raya su natural tendencia a expresarse a través de la venganza¹²⁴. ¿Por qué la venganza de la sangre constituye una amenaza insoportable en todas partes por donde aparece?¹²⁵, se pregunta Girard. Y responde:

Ante la sangre derramada, la única venganza satisfactoria consiste en derramar a su vez la sangre del criminal. *No existe una clara diferencia entre el acto castigado por la venganza y la propia venganza*. La venganza se presenta como represalia, y toda represalia provoca nuevas represalias. El crimen que la venganza castiga, casi nunca se concibe a sí mismo como inicial; se presenta ya como venganza de un crimen más original. [...] Así, pues, la venganza constituye un proceso infinito e interminable¹²⁶. Cada vez que surge en un punto cualquiera de una comunidad, tiende a extenderse y a invadir el conjunto del cuerpo social. En una sociedad de dimensiones reducidas, corre el peligro de provocar una auténtica reacción en cadena de consecuencias rápidamente fatales. La multiplicación de las represalias pone en juego la propia existencia de la sociedad. Este es el motivo de que en todas partes la venganza sea objeto de una prohibición muy estricta.¹²⁷

¹²³ LISZT, F. v., *op. cit.*, pp. 83 y ss.

¹²⁴ GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 25.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 22.

¹²⁶ “La venganza, por ser la acción positiva de una voluntad particular, se convierte en *una nueva lesión*: con esta contradicción cae en un progreso al infinito y es heredada ilimitadamente de generación en generación.” (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§102] 192 [Destacado original]).

¹²⁷ GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 22 [Destacado agregado]. Más adelante Girard alude al estudio de Jules Henry (1941) sobre los indios kaingang (Botocudo) de Brasil para ejemplificar el modo en que la crisis que emerge con la violencia vindicativa desatada puede tener consecuencias literalmente nefastas sobre una comunidad: “Basta un solo homicidio para que el homicida entre en un sistema cerrado. Necesita matar una y otra vez, organizar auténticas matanzas, para suprimir a todos aquellos que, un día u otro, podrían vengar la muerte de sus parientes”. Los sanguinarios kaingang –continúa Henry– “se parecen a los personajes de una tragedia griega, prisioneros de una auténtica ley natural cuyos efectos es imposible

El fenómeno que Liszt llama “objetivación de la pena” –“la traslación de la función de castigar desde los círculos inmediatamente afectados a órganos no afectados ni comprometidos”¹²⁸– que culmina con su íntegro traspaso al Estado, ostenta la capacidad de poner freno a la escalada de violencia privada no porque la sustituya por mecanismos de resolución pacífica de conflictos, sino porque –como en su lugar vimos– supone la monopolización de su ejercicio como violencia pública¹²⁹, es decir, que ésta se encuentra estrictamente circunscrita en su manifestación a la fuerza jurídicamente formalizada desplegada exclusivamente por el aparato estatal. Es sólo el carácter *aplastante* de la intervención estatal (judicial) lo que le impide ser el primer paso detonante de un círculo vicioso de las represalias¹³⁰. El sistema judicial no suprime la venganza; antes bien, opera el tránsito desde una venganza privada a una pública y, de esta suerte, la limita a una *única* represalia: “la venganza ya no es vengada; el proceso ha concluido; desaparece el peligro de la escalada”¹³¹. De este modo, sostiene Girard,

...el sistema judicial *racionaliza* la venganza, consigue aislarla y limitarla como pretende: la manipula sin peligro; la convierte en un *técnica* extremadamente eficaz de curación y, secundariamente, de prevención de la violencia.¹³²

En la medida en que, según se sostiene¹³³, en las sociedades primitivas no existiría una concentración monolítica del poder que permita la operación de una única e in-

interrumpir una vez que se han desencadenado.” (HENRY, J. 1941. *Jungle People*. Nueva York. Random House [1964]. p. 53, citado en: GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 62).

¹²⁸ LISZT, F. v., *op. cit.*, pp. 84-5.

¹²⁹ “Gracias a este monopolio, consigue, normalmente, sofocar la venganza en lugar de exasperarla, de extenderla o de multiplicarla, como haría el mismo tipo de comportamiento en una sociedad primitiva.” (GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 30).

¹³⁰ *Ibid.*, p. 34. De ahí que el sistema judicial “[s]ólo puede existir asociado a un poder político realmente fuerte.” (*Ibid.*, p. 30). Se trata –como señalamos– de un problema de orden primariamente fáctico, de concentración de la fuerza, antes que uno relativo a la (i)legitimidad con que esa fuerza se concentra y ejecuta. Véase *supra*. §II.1.1.1.

¹³¹ *Ibid.*, p. 23.

¹³² *Ibid.*, pp. 29-30 [Destacado original].

¹³³ Así, la afirmación paradigmática de Malinowski respecto a la población melanesia de las islas Trobiand: “No hemos encontrado ningún arreglo ni costumbre que pueda clasificarse como una forma de ‘administración de justicia’, de acuerdo con un código y por métodos fijos. Todas las instituciones legal-

contestable venganza pública –como la que posteriormente encabezará la figura del Estado–, las medidas “curativas” que ponen término a la violencia ya desatada ceden paso a las medidas “preventivas” que, anticipándose a la venganza privada, evitan que el ciclo incontrolable de represalias se inicie. Aquí es donde el *sacrificio* cumpliría un rol crucial.

El mecanismo básico sobre el que opera, según dijimos, es el de la *sustitución*¹³⁴. Si bien el sacrificio como práctica inscrita en un ritual religioso puede servir a fines ajenos a lo que en sentido estricto cabría entender como “castigo”¹³⁵, en determinados supuestos exhibe una mecánica absolutamente congruente con los fines perseguidos a través de dicha práctica. Así lo advierten Hubert y Mauss:

...entre la sanción religiosa y el sacrificio existen analogías y diferencias (al menos, con respecto al sacrificio expiatorio). También la sanción religiosa implica una consagración (*consecratio bonorum et capitis*); supone, asimismo, una destrucción, consecuencia de esta consagración. [...] Tan solo en el caso de la sanción, la manifestación violenta de la consagración se proyecta directamente sobre el sujeto que ha cometido el crimen y que él mismo expía; en el caso del sacrificio expiatorio, en cambio, hay sustitución y la expiación se realiza sobre la víctima y no sobre el culpable. Sin embargo, la sociedad está contaminada por el crimen y, entonces, la pena representa para la sociedad un medio de lavar la mancha que ha recaído sobre ella. En tal caso, el culpable cumple por su parte el papel de una víctima expiatoria. Cabe afirmar que hay pena y sacrificio al mismo tiempo.¹³⁶

mente efectivas que hemos encontrado son más bien formas de acabar rápidamente con un estado de cosas ilegal o intolerable, de restablecer el equilibrio en la vida social y de dar salida a los sentimientos de opresión y de justicia experimentados por los individuos.” (MALINOWSKI, B. 1926. Crimen y costumbre en la sociedad salvaje. Barcelona. Ariel (1973). p.118).

¹³⁴ HUBERT, H. y MAUSS, M. 1899. De la naturaleza y de la función del sacrificio. En: MAUSS, M. 1970. Obras. Tomo I. Lo sagrado y lo profano. Barcelona. Barral. p. 155, n. 31; 245. GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, pp. 11-2.

¹³⁵ Hubert/Mauss ofrecen la siguiente definición general: “El sacrificio es un acto religioso que, por la consagración de la víctima, modifica el estado de la persona moral que lo realiza o de determinados objetos por los cuales dicha persona se interesa.” (HUBERT, H. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 155).

¹³⁶ HUBERT, H. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 155 n. 31.

Si la violencia primera impulsa al afectado a responder con equivalente violencia vindicativa, el sacrificio previene el caos desviando esa venganza hacia una “víctima sacrificial”. Representa para Girard “una violencia sin riesgo de venganza”¹³⁷ porque aquel sobre quien se materializa es alguien cuya afectación no amenaza con detonar ulteriores represalias: la víctima sacrificial es “la única a la que se puede herir sin peligro, pues no habrá nadie para defender su causa”¹³⁸. El objeto inmolido en el ritual sacrificial opera como *chivo expiatorio*¹³⁹:

En un universo en que el menor conflicto puede provocar desastres, de la misma manera que la menor hemorragia en un hemofílico, el sacrificio polariza las tendencias agresivas sobre unas víctimas reales o ideales, animadas o inanimadas, pero siempre susceptibles de no ser vengadas, uniformemente neutras y estériles en el plano de la venganza. Ofrece al apetito de violencia, al que la voluntad ascética no basta para consumirse, una solución parcial y temporal, ciertamente, pero indefinidamente renovable...¹⁴⁰

Para que la “satisfacción vicaria”¹⁴¹ de las ansias colectivas de violencia se alcance por esta vía, resulta fundamental que a nivel social –esto es, a nivel de la subjetividad de quienes ven saciada su sed de venganza– se ignore la dimensión sustitutiva sobre la que opera el sacrificio¹⁴². Tal como sostenía Bourdieu, “el principio real de la eficacia del poder mágico [...] reposa en el campo de los agentes e instituciones involucrados en la producción y reproducción de la creencia colectiva en su valor”¹⁴³. Esta creencia colectiva de la que pende el funcionamiento de la realidad simbólico-ritualmente instituida, se desarrolla en una dinámica de simultáneo reconocimiento y

¹³⁷ GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, pp. 20-1.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 21.

¹³⁹ “Chivo expiatorio denota simultáneamente la inocencia de las víctimas, la polarización colectiva que se produce contra ellas y la finalidad colectiva de esta polarización.” (GIRARD, R. 1982., *op. cit.*, p. 57).

¹⁴⁰ GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 25.

¹⁴¹ GIRARD, R. 1982., *op. cit.*, p. 56.

¹⁴² “Una concepción demasiado consciente y calculadora de todo lo que abarca la utilización moderna de ‘chivo expiatorio’ elimina lo esencial, a saber, la creencia de los perseguidores en la culpabilidad de su víctima, su enclaustramiento en la ilusión persecutoria...”. (*Ibid.*, p. 58).

¹⁴³ BOURDIEU, P. 1988., *op. cit.*, p. 74.

desconocimiento¹⁴⁴. En el caso del sacrificio, la eficacia de su función depende del generalizado desconocimiento del desplazamiento en que se basa¹⁴⁵.

Aquí es donde el sacrificio como práctica punitiva tendiente a salvaguardar la estabilidad del orden socio-político entronca con lo sacro: la violencia se controla cuando el proceso a través del cual es desviada hacia el sustituto (chivo expiatorio) no se percibe como lo que *de facto* es –a saber, un mecanismo artificial regido por fines pragmáticos– sino, antes bien, cuando se ve en él “un imperativo absoluto, la orden de un dios cuyas exigencias son tan terribles como minuciosas”¹⁴⁶. De este modo

La religiosidad primitiva domestica la violencia, la regula, la ordena y la canaliza, a fin de utilizarla contra toda forma de violencia propiamente intolerable, y ello en una atmosfera general de no-violencia y de apaciguamiento.¹⁴⁷

En el sacrificio lo reemplazado es el objeto sobre el que materialmente recae el castigo. Esto ocurre en el marco de un *ritual*¹⁴⁸ dotado del poder mágico de realizar la sustitución simbólica del sujeto *prima facie* merecedor del castigo –la comunidad o alguno de sus miembros– por un animal o individuo –cuya identidad es en principio indiferente¹⁴⁹– sobre el que recaerá materialmente. Esta operación es aceptada por la divinidad –o, más bien, por las autoridades socialmente reconocidas como sus interlocutores

¹⁴⁴ BOURDIEU, P. 1983., *op. cit.*, pp. 152; 156.

¹⁴⁵ GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 13.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 21.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 28. Para Girard esto permite concluir que “[l]a religión, en efecto, tiene solamente un único objetivo y es el de impedir el retorno de la violencia recíproca.” (*Ibid.*, p. 62).

¹⁴⁸ De acuerdo a Leach, el “ritual en su contexto cultural es una pauta de símbolos” que, en su celebración, “hace explícita la estructura social”. Su función para la conservación del orden colectivo es “recordar de vez en cuando [a los individuos que la integran], por lo menos en forma de símbolo, el orden subyacente que se supone que guía sus actividades sociales”. (LEACH, E. R., *op. cit.*, pp. 37; 37; 37-8). En el mismo sentido, para Parsons los ritos “afirman de modo simbólico las actitudes correspondientes a los valores dominantes” (PARSONS, T., *op. cit.*, p. 312). Sobre la función social de los ritos en general, véase: RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1945. Religión y sociedad. En: RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1969., *op. cit.*, pp. 179 y ss.

¹⁴⁹ “La sociedad intenta desviar hacia una víctima relativamente indiferente, una víctima ‘sacrificable’, una violencia que amenaza con herir a sus propios miembros, los que ella pretende proteger a cualquier precio.” (GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 12).

(ancianos, chamanes, oráculos, sacerdotes, etc.)— como sucedáneo válido dotado de equivalente capacidad de satisfacer su ira, equilibrar el orden natural y re-establecer con ello la paz entre lo mundano y lo divino. ¿Cómo se explica esta sustitución al interior del discurso teológico que recubre simbólicamente la operación fáctica de canalización de la violencia social mediante su desviación hacia la víctima vicaria o chivo expiatorio? Hubert y Mauss se hacen la pregunta correlativa: “¿Cómo es posible que [el profano] se comunique con lo sagrado sólo a través de un intermediario?”; y ofrecen la siguiente respuesta:

Los efectos destructivos del rito explican, en parte, este extraño procedimiento. Si las fuerzas religiosas constituyen en sí mismas el principio mismo de las fuerzas vitales, son de tal naturaleza que el contacto con ellas repele lo vulgar. Sobre todo en el momento en que alcanzan cierto grado de intensidad no pueden concentrarse en un objeto profano sin destruirlo. Así pues, al margen de la necesidad que tenga, el sacrificante¹⁵⁰ ha de abordarlas con la máxima prudencia. Ésta es la razón por la cual, entre ellas y el sacrificante se interponen los intermediarios, el principal de los cuales es la víctima. Si el sacrificante se comprometiera hasta el fondo con el rito encontraría la muerte y no la vida. La víctima lo reemplaza. Sólo ella penetra en la esfera peligrosa del sacrificio y sólo ella sucumbe en él y está ahí precisamente para sucumbir. El sacrificante permanece a cubierto; los dioses toman a la víctima en vez de cogerle a él. *La víctima le redime.*¹⁵¹

Se observa aquí la dimensión expiatoria que exhibe el sacrificio ritual; el mecanismo sustitutorio en que “los dioses toman a la víctima en vez de cogerle a él” apunta a cumplir un específico efecto sobre el sacrificante sustituido: “la víctima lo redime”.

¹⁵⁰ “El fiel que ha proporcionado la víctima, objeto de la consagración, al final de la operación no es lo que era al comienzo. Ha adquirido un carácter religioso que no tenía, o se ha desembarazado de un carácter desfavorable que le afligía; se ha elevado a un estado de gracia o ha salido de un estado de pecado. En uno u otro caso, se ha transformado religiosamente. [...] Llamamos *sacrificante* al sujeto que recoge de este modo los beneficios del sacrificio o sufre sus efectos. Este sujeto puede ser tanto un individuo, como una colectividad, familia, clan, tribu, nación, sociedad secreta, etc.” (HUBERT, H. y MAUSS, M., *op. cit.*, pp. 151-2 [Destacado agregado]).

¹⁵¹ HUBERT, H. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 245 [Destacado original].

En el marco de las comunidades primitivas el crimen no supone sino de modo secundario un agravio personal hacia quien concretamente sufre el daño o privación; representa, antes bien, una ofensa general hacia los poderes divinos que –en palabras de Hubert y Mauss– concentran las “fuerzas vitales” que rigen el orden cósmico y por derivación el social.¹⁵² Como ejemplifica Radcliffe-Brown:

La concepción Ashanti del Derecho es que todas estas acciones [criminales] son ofensas contra los poderes sagrados o sobrenaturales de los que depende el bienestar de la comunidad, y que, a menos que esas ofensas se expíen mediante el castigo de las personas culpables, toda la tribu sufrirá las consecuencias.¹⁵³

Ahora bien, lo que el mecanismo sacrificial evidencia es que –contrariamente a lo indicado por Radcliffe-Brown– el hecho de que el sujeto castigado coincida con la persona *culpable*¹⁵⁴ del agravio resulta *prima facie* irrelevante. Si la violencia del crimen atenta contra lo sacro, la crisis que genera trasciende con creces la individualidad de la víctima y del victimario: el sacrilegio amenaza a la colectividad como tal. Por ende, los mecanismos sociales ideados para salvaguardar el orden social bien pueden prescindir del victimario si ello favorece la eficacia funcional de la punición. Tal es el caso del sacrificio expiatorio:

Aquí el sacrificio tiene una función real y el problema de la sustitución se plantea al nivel de toda la colectividad. La víctima no sustituye a tal o cual individuo especialmente amenazado, no es ofrecida a tal o cual individuo especialmente sanguinario, sustituye y se ofrece a un tiempo a todos los miembros de la sociedad. Es la comunidad entera la que el sacrificio protege de *su* propia violencia, es la comunidad entera la que es

¹⁵² “Si [...] el derecho criminal era primitivamente un derecho religioso, se puede estar seguro que los intereses que sirve son sociales. Son sus propias ofensas lo que los dioses vengan con la pena y no las de los particulares; ahora bien, las ofensas contra los dioses son ofensas contra la sociedad.” (DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, p. 109).

¹⁵³ RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1933b. Derecho primitivo. En: RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1969., *op. cit.*, p. 248.

¹⁵⁴ Concepto que en este contexto resulta, por lo demás, anacrónico. (Cfr. GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 29). Para la “moderna” noción de culpabilidad como presupuesto para la imputación de responsabilidad moral individual –y, luego, de responsabilidad penal–, véase el modelo de justificación retribucionista de la pena: *infra*. §III.2.4.

desviada hacia unas víctimas que le son exteriores. El sacrificio polariza sobre la víctima unos gérmenes de disensión esparcidos por doquier y los disipa proponiéndoles una satisfacción parcial.¹⁵⁵

Gracias al sacrificio del sujeto instrumentalizado como “chivo expiatorio” (castigado “en nombre de...”) el ofensor original purga su falta y se libera del castigo. La sustitución personal opera en beneficio del ofensor real sustituido; por regla general: la comunidad en su totalidad –lo que explica el peligro de desintegración social que el crimen supone–.¹⁵⁶

De esta suerte, dos modos en apariencia muy disímiles de aproximación al problema antropológico del sacrificio, coinciden al momento de identificar la función social que en términos expiatorios cumpliría como castigo.

Girard, como hemos visto, aborda directamente la *función social* del sacrificio como práctica capaz de desviar la “violencia intestina” por cauces idóneos para su neutralización en un contexto histórico en que la ausencia de un Estado que monopolice *de facto* la violencia supone el peligro de una escalada interminable de represalias vindicativas con la virtualidad de destruir –literalmente– la comunidad:

Existe [...] un común denominador de la eficacia sacrificial, tanto más visible y preponderante cuanto más viva permanece la institución. Este denominador es la violencia intestina; son las disensiones, las rivalidades, los celos, las peleas entre allegados lo que el sacrificio pretende ante todo eliminar, pues *restaura la armonía de la comunidad y refuerza la unidad social*.¹⁵⁷

¹⁵⁵ GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 15 [Destacado original].

¹⁵⁶ Cabe advertir que esta misma mecánica puede observarse en la concepción cristiana de la expiación en su sentido original como redención: Cristo se sacrifica en la cruz para sustituir con su pasión el sufrimiento merecido por la Humanidad como castigo divino por sus pecados. En virtud del castigo sufrido por el sustituto (Cristo) la Humanidad sustituida recibe el perdón de Dios (expiación o redención). [Véase *infra*. §III.2.6.2.]. Esto, dicho sea de paso, demuestra cuán insostenibles resultan los prejuicios etnocéntricos que, en base al mito antropológico del “salvaje”, desde la cosmovisión occidental-cristiana menosprecian las prácticas sociales de las “comunidades primitivas” como intrínsecamente irracionales.

¹⁵⁷ GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 16 [Destacado agregado].

Esta necesidad de auto-conservación del organismo social encontraría expresión en la institución religioso-ritual del sacrificio que, con la mediación instrumental del chivo expiatorio, se halla funcionalmente articulada para satisfacer esa necesidad: “restaurando la armonía” y “reforzando la unidad social”. Ahora, según el propio Girard, la efectividad de esta operación se encuentra supeditada a su inscripción en un discurso religioso que opaque la “función latente” que de hecho la justifica mediante el énfasis sobre una “función explícita” cuyo ámbito de operación se circunscribe a la esfera de lo sacro o trascendente¹⁵⁸. Este “universo simbólico” favorece el reconocimiento social del sentido y validez de la práctica y, de este modo, posibilita su eficacia real en el plano mundano sobre el que Girard centra su atención¹⁵⁹.

Hubert y Mauss, en cambio, orientan su interés prioritariamente sobre este último plano, es decir, sobre el sentido (sacro) subjetivamente adscrito a la acción sacrificial en el marco de los rituales en que históricamente se desarrolla. Empero, teniendo a la vista el contenido discursivo-religioso que los actores asocian a la práctica, el correlato social que identifican como su efecto coincide plenamente con el apuntado por Girard. Primero, advierten la relevancia que en la esfera fáctica tiene que los actores reconozcan el sentido sacro del sacrificio –y consecuentemente desconozcan aquella dimensión de estratégica desviación de la violencia que señala Girard–:

...al pedir con frecuencia a las conciencias particulares la presencia de fuerzas colectivas, el acto de abnegación que está implicado en todo sacrificio mantiene precisamente su existencia ideal.¹⁶⁰

La apelación a la dimensión religiosa del sacrificio como ofrenda a las fuerzas espirituales sobre las que se cimienta la comunidad tiene un efecto plenamente tangible:

¹⁵⁸ “La utilización ‘astuta’ de determinadas propiedades de la violencia, en especial de su aptitud para desplazarse de objeto en objeto, se disimula detrás del rígido aparato del sacrificio ritual.” (*Ibid.*, p. 27).

¹⁵⁹ “Sólo una trascendencia cualquiera, haciendo creer en una diferencia entre el sacrificio y la venganza, o entre el sistema judicial y la venganza, puede *engañar* duraderamente a la violencia.” (*Ibid.*, p. 31 [Destacado original]).

¹⁶⁰ HUBERT, H. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 247.

en la medida en que el ritual comporta la sistemática instanciación a nivel de la subjetividad consciente de sus miembros de “lo social”, su existencia y subsistencia como polo de convergencia simbólico sobre el que opera la integración de los particulares y se articula el todo unitario constitutivo de la comunidad política, se mantiene¹⁶¹. Como hemos sostenido, la existencia de lo social como realidad institucional depende de este permanente reconocimiento intersubjetivo de sus estatus de real. Para ello se articulan mecanismos como la pena que, en este caso merced a su función expiatoria, retroalimentan ese reconocimiento y permiten, favorecen o garantizan la vigencia fáctica del orden normativo que consagra la estructura que *de facto* articula lo social. Dicho de otro modo, la operación que Hubert y Mauss adscriben al ritual sacrificial supone concebirlo como un instrumento de integración social funcionalmente equivalente al que, desde otro punto de partida, identifica Girard. Los individuos, de acuerdo a Hubert y Mauss

Encuentran [...] en el sacrificio un medio para restablecer los equilibrios alterados: *por medio de la expiación se redimen de la maldición social, consecuencia del pecado y se reintegran en la comunidad; adquieren el derecho de gozar de las cosas que la sociedad ha considerado como reservadas, gracias a la preservación que les otorgan. Así pues, la norma social se mantiene sin peligro para ellos y sin disminución para el grupo. De este modo, la función social del sacrificio se cumple tanto para los individuos como para la colectividad.*¹⁶²

El objetivo mediato de la función expiatoria es el re-establecimiento del orden general (tradicional, natural, divino, etc.) alterado por el crimen o pecado; resultando para ese efecto del todo indiferente las eventuales consecuencias que de la imposición del castigo se sigan sobre la persona del castigado¹⁶³. El hecho evidente de que el sujeto sacrificado no sobrevive al sacrificio, da cuenta de la radical diferencia entre ésta y la

¹⁶¹ Cfr. DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 123-4; DURKHEIM, É. 1922., *op. cit.*, pp. 52-4.

¹⁶² HUBERT, H. y MAUSS, M., *op. cit.*, p. 248 [Destacado agregado].

¹⁶³ Se anuncia aquí un rasgo sobre el que luego volveremos: los efectos inmediatamente individuales (especiales) de la pena se encuentran en última instancia subordinados a los efectos mediatamente sociales (generales) que de su aplicación se siguen. Véase *infra*. §III.3.4.

versión de la expiación como proceso de purificación y salvación individual¹⁶⁴. Aquí la pena prescinde del vínculo de responsabilidad moral individual sobre el que se basa la noción de *culpabilidad* (concepto crucial para el pensamiento moral predominante en nuestra tradición occidental moderna; tanto en su versión cristiana –expiación individual del pecado– como racionalista –retribución–)¹⁶⁵ para disociar ofensa y ofensor con la finalidad de neutralizar directamente el desequilibrio emanado del desagravio a través de un ritual en que la figura del sacrificado se limita a servir de instrumento de mediación sustitutiva. Radcliffe-Brown¹⁶⁶ reconoce este rasgo como algo común a toda sanción social:

En una consideración de las funciones de las sanciones sociales, lo más importante no son los efectos de la sanción sobre la persona a la que se aplican, sino más bien los *efectos generales dentro de la comunidad* que aplica las sanciones. Pues la aplicación de una sanción es una afirmación directa de sentimientos sociales por la comunidad, y, por tanto, constituye un mecanismo importante, quizás esencial, en el mantenimiento de estos sentimientos. Las sanciones negativas [...] son expresiones de una condición de disforia social producida por algún hecho. La función de la sanción es restaurar la euforia social dando expresión colectiva definida a los sentimientos afectados por el hecho [...] o eliminando un conflicto dentro de la propia comunidad. Las sanciones son, por tanto, de significación primordial para la sociología en cuanto son reacciones que se producen en una parte de una comunidad ante acontecimientos que afectan su *integración*.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Confirmándose la necesidad de otorgar un tratamiento diferenciado a este último como modalidad “resocializadora” o, en nuestra terminología, inscrita en la dinámica de una función pedagógica inmediatamente individual. Véase *infra*. §III.2.6.2.

¹⁶⁵ Y esta prescindencia –nuevamente– no tiene nada de casual, arbitrario o irracional: “Siempre nos imaginamos que la diferencia decisiva entre el primitivo y el civilizado consiste en una cierta impotencia del primitivo en identificar el culpable y en respetar el *principio de culpabilidad*. Respecto a este punto nos engañamos a nosotros mismos. Si el primitivo parece desviarse del culpable, con una obstinación que aparece ante nuestro ojos como estupidez o como perversidad, es porque teme alimentar la venganza.” (GIRARD, R. 1972., *op. cit.*, p. 29).

¹⁶⁶ Distanciándose del texto antes citado: RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1933b., *op. cit.*, p. 248.

¹⁶⁷ RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1933a., *op. cit.*, p. 239 [Destacado agregado]. Cfr. DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, p. 117.

Ahora, si a todas luces aquí el castigado es empleado para fines extrínsecos al castigo que materialmente soporta, cabe advertir que ello no constituye un rasgo excepcional que distinga a este modelo. Por el contrario, afirmaremos que la pena comporta *siempre* algún grado de instrumentalización que, no por manifestarse con más sutileza que en esta versión en cierto sentido “extrema”, es ajena a sus demás modelos de organización funcional¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Véase *infra*. §III.3.4.

2.4. Función retributiva¹⁶⁹

En términos generales “retribuir” significa pagar o (re)compensar; designa un acto merced al cual se ejecuta una prestación en algún sentido debida. Así, la justificación de dicho “pago” –y la posibilidad de exigir su realización– depende de que pueda considerarse “debido”. La compensación sólo cumple un rol compensatorio en el marco de una situación que demanda compensarse, una situación de desequilibrio. El juicio que describe un estado de cosas como “desequilibrio” comprende un sentido normativo: supone que la situación posee un estatus negativo e indica la posibilidad de un estado de cosas distinto, positivo, en que esa negatividad desaparece: una situación de equilibrio.

En el ámbito privado el estatus “debido” de la prestación exigida en calidad de pago se sostiene sobre un acuerdo (contrato) en que las partes establecen obligaciones mutuas. La acción retribuye la prestación de la contraparte porque así lo define el orden normativo instituido por el contrato; dicho orden artificialmente construido con la convergencia de la voluntad de los contratantes califica las acciones en él contempladas como el estado de equilibrio deseado que por su intermedio se busca materializar; el pago es debido y su ejecución retribuye –“paga” o “compensa”–, en tanto responde al equilibrio contractualmente instituido como “correcto”.

¹⁶⁹ Sobre el modelo retributivo de justificación de la pena véase: BELING, E. v., *op. cit.*, pp. 21-4; BETTIOL, G. 1945. El problema de la pena. En: BETTIOL, G. 1948. El problema penal. Buenos Aires. Hammurabi (1995). pp. 183; 190; RÍO, J. R. d. 1945. Explicaciones de derecho penal. Tomo segundo. Generalidades. II. Fines y límites del derecho penal. Santiago: Nascimento. pp. 33-52; RAWLS, J. 1955., *op. cit.*, p. 212; MEZGER, E., *op. cit.*, pp. 353-5; 379-80; WELZEL, H., *op. cit.* pp. 235-7; ROXIN, C. 1966., *op. cit.*, pp. 12-4; ROXIN, C. 1994., *op. cit.*, pp. 81-59; RABOSI, E. A., *op. cit.*, pp. 9-10; MUÑOZ CONDE, F. 1975., *op. cit.*, p. 71; MIR PUIG, S. 2003., *op. cit.*, pp. 49-52; JESCHECK, H.-H., *op. cit.*, pp. 72; 75-7; HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 150-1; JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, pp. 20-5; ETCHEBERRY, A., *op. cit.*, p. 32; GARRIDO MONTT, M., *op. cit.*, pp. 71-3; BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H., *op. cit.*, pp. 45-7; LESCH, H. H., *op. cit.*, pp. 20-38; RIVACOBAY RIVACOBAY, M. d., *op. cit.*, pp. 13-4; 23-42; POLITOFF, S.; MATUS, J. P. y RAMIREZ, C., *op. cit.*, pp. 56-8; MAÑALICH, J. P. 2010a., *op. cit.*, pp. 89-95; CURY, E., *op. cit.*, pp. 65-79.

Cuando nos desplazamos hacia el derecho penal, la acción que opera como mecanismo compensatorio es la pena. Para que funcione retributivamente ésta debe verse como respuesta a un estado de cosas que demanda compensación y torna el acto que la materializa en algo debido. Para que retribuya, su participación ha de inscribirse en un contexto de desequilibrio. Ese desequilibrio ostenta un estatus normativamente problemático que demanda mecanismos que lo resuelvan: su intervención se orienta a modificarlo ejerciendo un efecto compensatorio que (re)establezca el equilibrio. El orden normativo que define el estado de equilibrio es el *derecho penal*. El estado de desequilibrio es aquel que deriva de comportamientos que violan las directrices de conducta en que el orden instituido se instancia para incidir sobre el actuar de sus destinatarios: la acción que desobedece sus mandatos se constituye en *delito*. La *pena* opera retributivamente compensando el desequilibrio generado por el delito, neutralizando su efecto, y restituyendo el equilibrio instituido como derecho. En palabras de Ríó:

La retribución, como la expiación¹⁷⁰, parte de la base de *un orden establecido cuya infracción exige una reacción*, pero, en tanto que la expiación pretende borrar la falta cometida, la retribución aspira a *compensarla*. En otros términos, la expiación tiene un sentido místico en la eliminación de un hecho ocurrido en el mundo de los fenómenos tangibles, mientras que la retribución solamente tiene un sentido metafísico en la *compensación simbólica de un mal, el de la infracción contra el orden establecido, por otro mal, el de la pena o castigo*.¹⁷¹

* * *

¹⁷⁰ Lo que del Ríó llama “expiación” se condice con el modelo de justificación de la pena que trataremos como una vertiente de la “pedagogía inmediatamente individual” [Véase *infra*. §III.2.6.2.]; “se entiende por *expiación* –señala– la acción y efecto de borrar las culpas o de purificarse de ellas por medio de algún sacrificio, y también el hecho de pagar la pena merecida por la culpa.” (RÍO, J. R. d., *op. cit.*, p. 24). En este supuesto el “sacrificio” designa el sufrimiento del penitente como procedimiento punitivo idóneo para alcanzar su purificación individual y, de esta suerte, su reconciliación con el orden divino; distinguiéndose así nítidamente de la mecánica sustitutiva con que opera en el modelo del “chivo expiatorio” antes revisado [Véase *supra*. §III.2.3.].

¹⁷¹ RÍO, J. R. d., *op. cit.*, p. 34 [Destacado agregado].

La concepción que postula la retribución como función del castigo concentra el núcleo de los denominados modelos absolutos y retrospectivamente orientados de justificación de la práctica punitiva¹⁷².

Por una parte, la pena funciona retributivamente en la medida en que se fundamenta exclusivamente en referencia a la acción pasada constitutiva de delito que busca compensar, es decir, en tanto opera *retrospectivamente*. Su mecánica es compensatoria en tanto responde a la situación normativamente problemática que se genera a partir del crimen. El desequilibrio actual sobre el que incide emana de un evento pasado que lo alteró: el delito. La intervención en el presente a través del castigo restablece la vigencia del orden mediante la neutralización retributiva de los efectos de una acción temporalmente circunscrita en su facticidad al pasado. Sólo esta remisión al pasado basada en la actualidad de sus efectos desestabilizadores justifica la intervención de la pena.

Por otra parte, la operación de la pena es retributiva al justificarse en términos *absolutos*. El delito genera un efecto descompensatorio sobre el equilibrio instituido que el ordenamiento debe conservar. Que el delito altere el equilibrio normativo presupone que su estatus deóntico es, desde el punto de vista interno al orden que transgrede, el de un acto injusto. La naturaleza injusta de ese hecho particular es condición necesaria y suficiente para afirmar la necesidad de imponer al responsable el castigo que reestablezca el orden general por él quebrantado. Dicho de otro modo, la pena compensa en tanto el delito descompensa, y el delito descompensa en tanto vulnera las normas que definen el actuar correcto constituyéndose en injusto. El castigo se justifica únicamente en virtud de la naturaleza injusta del delito, en tanto de ésta se sigue el desequilibrio que su intervención neutraliza. En este sentido, su justificación es absoluta¹⁷³: su operación se encuentra *a priori* justificada por la injusticia de la acción a la que retributivamente res-

¹⁷² Véase *infra*. §III.3.1.; §III.3.2.

¹⁷³ “Se habla aquí de una teoría ‘absoluta’ porque para ella el fin de la pena es independiente, ‘desvinculado’ de su efecto social (lat. *absolutus* = desvinculado).” (ROXIN, C. 1994., *op. cit.*, p. [§3] 82).

ponde, con independencia de cualquier otro efecto (futuro) ajeno a su relación inmediatamente compensatoria respecto al (pasado) hecho injusto y mediatamente de cara al orden justo que (en el presente) pretende restablecer.

En sus formulaciones clásicas, el castigo se justifica a un nivel que trasciende lo fáctico-social para ingresar a la esfera metafísica¹⁷⁴: la Justicia en sí misma es lesionada por el crimen y es la Razón la que imperativamente ordena su castigo. Sus exponentes paradigmáticos son Kant y Hegel.

De un tiempo a esta parte el tratamiento dogmático de la teoría de la retribución tiende a asumir una actitud crítica que por regla general se limita, de una parte, a señalar su irrelevancia y, de otra, a denunciar su irracionalidad. Se afirma su irrelevancia en base a la presunta imposibilidad de trasladar a la práctica un modelo centrado en restablecer la justicia en el plano metafísico, cuestión que lo tornaría constitutivamente inhábil para justificar una institución social que, en cuanto tal, sólo puede fundamentarse por sus efectos sobre la sociedad que la instituye¹⁷⁵. Ligada a esa ceguera frente a la realidad social derivada de su limitación al campo conceptual, se denuncia la irracionalidad que *a fortiori* permea al modelo cuando de hecho pretende instanciarse en una concreta articulación de la práctica punitiva.

¹⁷⁴ Como indica Lesch, la teoría de la retribución asignaría a la pena un sentido ajeno a la realidad social: “Según se dice, no se pena para alcanzar una determinada finalidad en el campo de lo empíricamente demostrable, sino porque tiene un valor ya de por sí el que se ocasione un sufrimiento a alguien que ha quebrantado el Derecho (*poena absoluta est ab effectu*).” (LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 20). Según Roxin la “teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil...” (ROXIN, C. 1994., *op. cit.*, pp. [§3] 81-2). En palabras de del Río: “La retribución se identifica con la justicia absoluta, considerada como un principio trascendente, ajeno a lo temporal, que exige que el orden turbado sea restablecido, que el acto malo tenga consecuencia malas, y que el que causó un daño sea castigado simplemente porque lo causó, porque el mal merece el mal.” (RÍO, J. R. d., *op. cit.*, p. 34).

¹⁷⁵ La crítica hacia la imposibilidad de fundar la práctica punitiva en postulados metafísicos se encuentra formulada desde un prisma utilitarista ya en Beccaria: “Incumbe a los teólogos trazar los límites entre lo justo y lo injusto, en cuanto se refiere a la malicia o a la bondad del acto, pero el establecer las relaciones de lo justo y de lo injusto desde el punto de vista político, o sea, en relación con *la utilidad o el daño de la sociedad*, es asunto del publicista.” (BECCARIA, C., *op. cit.*, pp. 210-1 [Destacado agregado]).

Revisaremos primero la crítica que imputa a la retribución un componente de irreductible irracionalidad; luego veremos en qué medida puede (o no) afirmarse la utilidad para la comprensión de la operación fáctica o función social de la pena de un modelo explícitamente centrado en el plano conceptual.

* * *

En su crítica a la “teoría idealista de la retribución”, Kindhäuser condensa el mentado reproche de irracionalidad en los siguientes términos:

No puede tratarse [...] de compensar de algún modo el mal provocado con el mal de la pena; esto sería solamente una *adición de males* y, por consiguiente, *carente de sentido desde el punto de vista de la integración social*.¹⁷⁶

Una condena más categórica se encuentra en Roxin, quien, alegando similares razones, rápidamente procede a descartar su plausibilidad:

...la idea misma de retribución compensadora sólo se puede hacer plausible mediante un *acto de fe*. Pues *considerándolo racionalmente no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena*. Ciertamente está claro que tal procedimiento corresponde al arraigado *impulso de venganza humana*, del que ha surgido históricamente la pena¹⁷⁷; pero que la asunción de la retribución por el Estado sea algo cualitativamente completamente distinto a la venganza, el que la retribución quite ‘la culpa de la sangre del pueblo’, expíe al delincuente, etc., todo esto es concebible sólo por un *acto de fe*...¹⁷⁸

¹⁷⁶ KINDHÄUSER, U. 1995., *op. cit.*, p. 114 [Destacado agregado].

¹⁷⁷ Véase *supra*. §III.2.2.1.

¹⁷⁸ ROXIN, C. 1966., *op. cit.*, p. 14 [Destacado agregado]. También: ROXIN, C. 1994., *op. cit.*, p. [§3] 84. Mismo argumento, por ejemplo, en GARRIDO MONTT, M., *op. cit.*, p. 73.

El sesgo contenido en esta caracterización de la teoría de la retribución salta a la vista cuando advertimos¹⁷⁹ que el propio Hegel formula la misma crítica que contra él – *qua* exponente clásico del modelo– plantea Roxin:

Si se considera el delito y su eliminación, a la que por otra parte se determina como pena, simplemente como un perjuicio, aparecerá por cierto como algo irracional querer un perjuicio meramente porque ya existía un perjuicio anterior.¹⁸⁰

De la lectura de Hegel se desprende con claridad que también la asociación planteada por Roxin entre su teoría y la del castigo como venganza carece de sustento, al ser, antes bien, es explícitamente rechazada:

La venganza, por ser la acción positiva de una voluntad particular, se convierte en *una nueva lesión*: con esta contradicción cae en el progreso infinito y es heredada ilimitadamente de generación en generación.¹⁸¹

Cuando se alude a la posición de Kant, representante por antonomasia junto a Hegel de la “teoría *idealista* de la retribución”, esta dimensión de irracionalidad se suele dar por acreditada mediante el generalizado recurso al siguiente ejemplo contenido en *La metafísica de las costumbres* (1797):

Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia.¹⁸²

¹⁷⁹ Como lo hacen BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H., *op. cit.*, p. 45; y, en particular, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 1997. Delito y pena en la filosofía del derecho de Hegel. Anuario de filosofía jurídica y social 15 (1997): 297-8.

¹⁸⁰ HEGEL, G. W. F. 1821. *op. cit.* p. [§99] 185 [Destacado agregado].

¹⁸¹ *Ibid.*, p. [§102] 192 [Destacado original]. Así también: *Ibid.*, pp. [§220] 342-3 y HEGEL, G. W. F. 1830. Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio. Para uso de sus clases. 3ª ed. Madrid. Alianza (2005). p. [§500] 531. Véase lo dicho *supra*. [§III.2.3.] por Girard a propósito de la mecánica del “chivo expiatorio”.

¹⁸² KANT, I. 1797., *op. cit.*, pp. [Obs. Gral. §E] 168-9.

El extremo rigor que se reprocha a este ejemplo responde a su concepción de la pena como una práctica justificada en términos absolutos. Según se indicó, su procedencia se legitima con total prescindencia de los efectos que de su imposición se sigan merced a un imperativo incondicionado de justicia. En la medida en que se considere que la justificación del castigo reposa sobre sus efectos sociales, una teoría como esta que avale la materialización de su violencia en un contexto en que la sociedad no puede beneficiarse porque, lisa y llanamente, no existe, carece de sentido: es, por tanto, irracional.

Ahora bien, sin necesidad de secundar literalmente las teorías de Kant y Hegel, cabe no obstante poner en duda la consistencia de críticas que, como en el último caso, se contenten con la referencia descontextualizada a un ejemplo; o que, como en el caso de Hegel, encuentren refutación expresa en las propias palabras del criticado autor. Frente a estos juicios apresurados, y acorde a nuestro propósito de exponer de modo idealmente imparcial los distintos modelos de justificación de la pena, cabe sostener que las teorías de Kant y Hegel están lejos de carecer de sentido.

Comprender al menos medianamente la racionalidad interna de sus propuestas exige tener a la vista los tres elementos antes enunciados como el marco que estructura en términos retributivos la operación del castigo. Según dijimos, debe advertirse la presencia de (a) un orden normativo pre-existente que define un estado de equilibrio: el *derecho*; (b) un acto que, vulnerando sus directrices, se califica deónticamente como un evento injusto, perturba la estabilidad del orden y genera una situación de desequilibrio: el *delito*; y (c) un acto que neutraliza el sentido normativamente negativo emanado del crimen y, de este modo, restablece el equilibrio alterado reafirmando la validez del orden jurídico: la *pena*.

* * *

El orden que consagra institucionalmente el equilibrio normativo vulnerado por el delito y restituido por la pena, encuentra en Kant una explicación contractualista¹⁸³. El estado civil define lo que debe ser reconocido como de cada cual; es, por ende, un “estado de justicia distributiva”¹⁸⁴. En Kant la justicia penal, tal como se expresa con extremo rigor en el ejemplo de la isla, debe entenderse en relación con la justicia distributiva al interior de cuyo orden instituido la pena adquiere sentido¹⁸⁵. La justificación “absoluta” de la pena tiende por tanto “relativizarse”¹⁸⁶ al ponerse en relación con la justificación del orden jurídico en cuyo seno se inscribe¹⁸⁷. El propio Kant establece el criterio merced al cual evaluar la legitimidad de dicho orden:

¹⁸³ “No es la experiencia quien nos ha enseñado la máxima de la violencia y la maldad humanas de hacerse mutuamente la guerra antes de que aparezca una legislación exterior poderosa; por tanto, no es un factum el que hace necesaria la coacción legal pública, sino que, por buenos y amantes del derecho que quiera pensarse a los hombres, se encuentra ya *a priori* en la idea racional de semejante estado (no jurídico) que, antes de que se establezca un estado legal público, los hombres, pueblos y Estados aislados nunca pueden estar seguros unos de otros frente a la violencia y hacer cada uno *lo que le parece justo y bueno* por su propio derecho sin depender para ello de la opinión de otro. Por tanto, lo primero que el hombre se ve obligado a decidir, si no quiere renunciar a todos los conceptos jurídicos, es el principio: es menester salir del estado de naturaleza, en el que cada uno obra a su antojo, y unirse con todos los demás (con quienes no puede evitar entrar en interacción) para someterse a una coacción externa legalmente pública; por tanto, entrar en un estado en el que a cada uno se le determine *legalmente* y se le atribuya desde un *poder* suficiente (que no sea el suyo, sino uno exterior) lo que debe ser reconocido como suyo; es decir, que debe entrar ante todo en un estado civil.” (KANT, I. 1797., *op. cit.*, pp. [§44] 140-1 [Destacado original]). Cfr. *Ibid.*, pp. [§47] 145-6. Sobre la especificidad del contractualismo de Kant, véase: HÖFFE, O., *op. cit.*, pp. 210-3. Siguiendo el camino trazado por Kant, se encuentra la posición de Feuerbach: “La unión de la voluntad y de la energía de los individuos proporciona el fundamento de la sociedad civil para garantizar a todos la libertad recíproca. Un Estado es una sociedad civil organizada constitucionalmente mediante el sometimiento a una voluntad común, siendo su principal objetivo la creación de la *condición jurídica*, es decir, la existencia conjunta de hombres conforme a las leyes del derecho.” (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§8] 50 [Destacado original]). Esta perspectiva, como veremos luego, es frontalmente rechazada por Hegel.

¹⁸⁴ KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [§42] 137.

¹⁸⁵ BASTA, D. 2004. La justicia penal en Kant. *Édoxa: Series Filosóficas* 18 (2004): 295.

¹⁸⁶ Véase *infra*. §III.3.1.

¹⁸⁷ “La pena sólo puede legitimarse mediante el valor del orden en favor de cuyo mantenimiento se pune. La teoría absoluta no ahorra plantearse este problema de legitimación, ya que también la punición del autor ‘porque ha delinquido’ es justa sólo si el delito está definido legítimamente.” (JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, pp. 21-2). Como también advierte Lesch: “sería precipitado afirmar que la pena en Kant es un mero fin en sí, carente de toda función fuera de la asignada a ella misma. En efecto, si bien la pena sólo puede ser impuesta ‘porque se ha delinquido’, *qui peccatum est*, no es menos cierto que mediante la pena tiene que ser alcanzada la justicia; el cometido de la pena consiste pues en la ‘satisfacción de la justicia’, esto es, en cualquier caso –¡retrospectivamente!– en el restablecimiento del orden perturbado por el hecho,

Las formas del Estado representan sólo la *letra (littera)* de la legislación originaria del estado civil [...]. Pero el *espíritu* de aquel contrato originario (*anima pacti originarii*) implica la obligación, por parte del poder constituyente, de adecuar la *forma de gobierno* a aquella idea [...] hasta que concuerde, *en cuanto a su efecto*, con la única constitución legítima, es decir, la de una república pura; y que aquellas antiguas formas empíricas (estatutarias), que sólo servían para conseguir la *sumisión* del pueblo, se resuelvan en la originaria (racional), que sólo tiene como principio la *libertad*...¹⁸⁸

El núcleo de legitimidad del orden instituido se concentra en la idea de *libertad*. Como señala Höffe, la pregunta de Kant es: “en qué condiciones pueden los sujetos conservar su libertad externa y convivir al mismo tiempo”¹⁸⁹. La respuesta la ofrece el derecho: “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”¹⁹⁰. En el concepto mismo de derecho cabe, por tanto, encontrar el criterio para juzgar la legitimidad las leyes positivas que lo conforman:

Son racionales o legítimas únicamente aquellas prescripciones que hacen compatible la libertad de uno con la libertad de todos los otros, conforme a leyes estrictamente generales.¹⁹¹

Ahora bien, para Kant el derecho no es un sistema fortuito o arbitrario que repose sobre la contingente voluntad de los hombres sino la necesaria respuesta a los atemporales imperativos de la razón práctica¹⁹²; ostenta, por tanto, validez *a priori* con independencia de todo dato que ofrezca la experiencia¹⁹³. Un orden jurídico que instituye deter-

que es, por cierto, un orden extraestatal, metafísico, sólo por medio de la razón práctica *a priori* accesible...” (LESCH, H. H., *op. cit.*, pp. 21-2). En la misma línea: BASTA, D., *op. cit.*, p. 295.

¹⁸⁸ KANT, I. 1797., *op. cit.*, pp. [§52] 178-9 [Destacado original].

¹⁸⁹ HÖFFE, O., *op. cit.*, p. 200.

¹⁹⁰ KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Intr. §B] 39. De aquí extrae Kant el siguiente principio: “obra externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal”. (*Ibid.*, p. [Intr. §C] 40).

¹⁹¹ HÖFFE, O., *op. cit.*, p. 201.

¹⁹² Cfr. *Ibid.*, p. 201.

¹⁹³ “Son independientes de la experiencia aquellas condiciones que tienen una validez general y por eso no pueden negarse sin incurrir en contradicción.” (*Ibid.*, p. 200). También: LESCH, H. H., *op. cit.*, pp. 21-2.

minado modo de organización social como el distributivamente justo se sostiene sobre una racionalidad que le transmite validez absoluta y a sus mandatos la naturaleza de *imperativos categóricos*, esto es, prescripciones no condicionadas en su obligatoriedad a la evaluación de las consecuencias que se sigan de su (in)observancia¹⁹⁴. Si para Kant la ley penal es un imperativo categórico¹⁹⁵, el ejemplo antes visto que justifica (exige) la imposición del castigo pese a la disolución de la sociedad adquiere sentido. Como señala Jakobs:

Si el problema de legitimación se soluciona en sentido absoluto, es decir, en favor de las normas que no vienen proporcionadas por una situación concreta, estas normas [...] por definición no perderían ya nada de su legitimación [...] La norma que tras la disolución de la sociedad siguiera siendo necesaria debería seguir siendo estabilizada.¹⁹⁶

Kant no postula la aceptación acrítica del orden instituido sino, como vimos, ofrece criterios para evaluar su legitimidad que remiten a un concepto de libertad válido *a priori* como emanación de la razón práctica. El fruto de lo que llamamos operación instituyente, y que Kant interpreta en términos del tránsito mediado por un contrato originario hacia el estado civil¹⁹⁷, encuentra un patrón con que medir su validez en la idea de una “república pura”¹⁹⁸. Por otro lado, la legislación positiva que surge en la operación del derecho instituido se encuentra condicionada en su legitimidad a su capacidad

¹⁹⁴ “El imperativo categórico sería el que representaría una acción como objetivamente necesaria por sí misma, sin referencia a ningún otro fin. [...] Si la acción fuese simplemente buena como *medio para otra cosa*, entonces el imperativo es *hipotético*; si se representa como buena *en sí*, o sea, como necesaria en una voluntad conforme de suyo con la razón, entonces es *categórico*.” (KANT, I. 1785., *op. cit.*, p. 94 [Destacado original]).

¹⁹⁵ KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Obs. Gral. §E] 166.

¹⁹⁶ JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 22.

¹⁹⁷ Que, por supuesto, no cabe considerar en Kant como designando un acontecimiento histórico: “el contrato social es un idea de la razón práctica pura a priori, independiente de toda experiencia; significa simplemente la idea racional del Estado de derecho. [...] [N]o significa el origen del Estado en su forma actual, sino la norma y orientación de lo que éste debe ser.” (HÖFFE, O., *op. cit.*, p. 211). Véase: KANT, I. 1797., *op. cit.*, pp. [§§44-5] 140-3.

¹⁹⁸ KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [§52] 179.

de cumplir con el llamado principio de universalización¹⁹⁹. Empero, del hecho de que el orden jurídico y sus leyes se juzguen legítimos sólo en tanto guarden correspondencia con ciertos patrones de corrección sustentados en la razón, no se sigue que su operación aplicativa se encuentre supeditada al particular juicio de sus destinatarios sobre la materia²⁰⁰. Como hemos visto, para conservarse el derecho instituido ha de dissociarse de la voluntad instituyente exigiendo la aprehensión subjetiva de sus directrices como razones para la acción eficaces dotadas de validez objetiva con independencia de la contingente opinión de sus destinatarios sobre los méritos de las razones substantivas que, subyaciendo a ellas, habrían justificado su establecimiento. En última instancia, esto, como señala Rawls, es una consecuencia formal general que trasciende el concreto modelo de justificación del castigo –retribucionista, por ejemplo– y se inscribe, antes bien, en la estructura del funcionamiento de *toda* institución:

Una vez que el legislador decide tener leyes y aplicar sanciones por su violación [...] se erige una institución que contiene una concepción retributiva de los casos particulares. Es parte del concepto de ley criminal, como sistema de reglas, que la aplicación e imposición de éstas en casos particulares se han de poder justificar con argumentos de carácter retributivo. La decisión de emplear la ley y no otro mecanismo de control social, y la resolución acerca de cuáles han de ser esas leyes y qué sanciones se han de asignar, puede establecerse en argumentaciones utilitaristas, pero

¹⁹⁹ Esto es, a la posibilidad de considerarlas una ley general compatible con la coexistencia de los arbitrios libres de todo integrante de la sociedad. Cfr. KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Intr. §C] 39.

²⁰⁰ Lejos de ello, Kant rechaza tajantemente toda posibilidad de un derecho a la desobediencia o resistencia: “Contra la suprema autoridad legislativa del Estado no hay [...] resistencia legítima del pueblo; porque sólo la sumisión a su voluntad universalmente legislativa posibilita un estado jurídico; por tanto, no hay ningún derecho de *sedición (seditio)*, aún menos de *rebelión (rebellio)* [...]. La razón por la que el pueblo debe soportar, a pesar de todo, un abuso del poder supremo, incluso un abuso considerado como intolerable, es que su resistencia a la legislación suprema misma ha de concebirse como contraria a la ley, incluso como destructora de la constitución legal en su totalidad.”; “Por tanto, un cambio en una constitución política (defectuosa), que bien puede ser necesario a veces, sólo puede ser introducido por el soberano mismo mediante *reforma*, pero no por el pueblo, por consiguiente, no por *revolución...*” (KANT, I. 1797., *op. cit.*, pp. [Ob. Gral. §A] 151-2; 153-4 [Destacado original]). Crítico al respecto: HÖFFE, O., *op. cit.*, pp. 216-7.

*si se decide tener leyes, entonces se ha resuelto sobre algo cuyo funcionamiento en los casos particulares es retributivo por su forma.*²⁰¹

De la estructura de todo orden instituido deriva que en su dinámica aplicativa haya de operar merced a un razonamiento formalmente constreñido por la exigencia de fundarse en las normas constitutivo-regulativas de la institución y, *a fortiori*, que deba excluir de su consideración razones ajenas a las comprendidas por las categorías jurídicas universales en que se subsume –violentamente– la realidad material sobre la que las normas son particularizadas aplicativamente –coactivamente–. En Kant esta consecuencia (formal) encuentra además una justificación normativa (substantiva) que no deja espacio a dudas y remite a la mentada connotación *absoluta* que define su concepto de justicia penal:

La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica ‘es mejor que *un* hombre muera a que perezca todo el pueblo’! Porque si parece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra.²⁰²

* * *

En Hegel el modo en que la racionalidad que le es propia sostiene el orden normativo de cuya transgresión deriva la necesidad y justificación retributiva del castigo difiere, y sin duda substantivamente, del propuesto por Kant: rechaza frontalmente la lógica del contrato social como modelo explicativo del Estado²⁰³ y el concepto de derecho que lo caracteriza²⁰⁴. Excede nuestras posibilidades intentar desarrollar un modelo

²⁰¹ RAWLS, J. 1955., *op. cit.*, p. 215 [Destacado agregado].

²⁰² KANT, I. 1797., *op. cit.*, pp. [Ob. Gral. §E.I] 166-7 [Destacado original].

²⁰³ HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, pp. [§75 Obs.] 162-3; [§100 Obs.] 187-8; [§257] 370-7.

²⁰⁴ *Ibid.*, pp. [§29] 106-7.

teórico de la complejidad del postulado por Hegel. Empero, en el contexto de una aproximación a los rasgos medulares del modelo retributivo de justificación de la pena, creemos puede excusárenos omitir el tratamiento de las bases conceptuales sobre las que se articula su vasto sistema filosófico. Consignada la existencia de una divergencia basal entre ambas teorías respecto al modo en que el orden instituido se justifica como equilibrio normativo, consideramos que, de cara a nuestro objeto de estudio, las propuestas de Kant y Hegel ofrecen suficientes puntos de convergencia para autorizar un tratamiento conjunto al que, pecando de cierta falta de rigor, debemos no obstante, por motivos prácticos, recurrir.

En lo que sigue, por tanto, el eje de la explicación se centrará en la teoría de la retribución en sí como modelo de justificación de la pena; la especificidad de las propuestas de Kant y Hegel se subordinará a dicho objetivo: recogiendo aquellos elementos que convergen en la caracterización del modelo y prescindiéndose para estos efectos de desarrollar en extenso los puntos de divergencia²⁰⁵.

* * *

¿En qué sentido el *delito* perturba el equilibrio normativo y reclama compensación mediante el castigo? En términos de Kant: ¿cómo es posible que un acto particular de vulneración de una norma jurídica amenace la vigencia de la justicia general a tal punto de poner en riesgo la subsistencia de la sociedad? A su juicio:

Cualquier transgresión a la ley puede explicarse del siguiente modo y no puede explicarse de ningún otro: que la transgresión surge como una máxima del delincuente (máxima de darse a sí mismo tal crimen como regla); porque si la deriváramos de un impulso sensible, no la habría cometido como un ser *libre* y no podríamos imputársela [...]. Ahora bien,

²⁰⁵ Lo que no obsta a que ocasionalmente estos sean debidamente indicados.

el criminal puede cometer su crimen, o bien siguiendo la máxima de una regla adoptada como objetiva (como universalmente válida), o bien sólo como una excepción a la regla (eximirse de ella en ocasiones); en el *último* caso *no hace más que desviarse* de la ley (aunque deliberadamente); puede a la vez detestar su propia transgresión y desear sólo eludir la ley, sin negarle formalmente obediencia; pero en el *primer* caso rechaza la autoridad de la ley misma, de cuya validez no puede abjurar, sin embargo, ante su razón, y convierte en regla de su acción obrar contra la ley; por tanto, su máxima no sólo se opone a la ley *por defecto* (*negative*), sino incluso *dañándola* (*contrarie*) o, como se dice, *diametralmente*, como contradicción (digamos, de modo hostil).²⁰⁶

Por su poder desestabilizador del equilibrio normativo que la sostiene, el delito (público) pone en peligro a la comunidad y no sólo a la persona afectada en su individualidad²⁰⁷. Para entender el modo en que, según se expone en el citado párrafo, esa transgresión particular atenta contra la estabilidad del orden general, cabe remitir a los conceptos kantianos de “máxima” y “ley”. Una *máxima* es el *principio subjetivo* del obrar: “contiene la regla práctica que la razón determina conforme a las condiciones del sujeto [...] y por lo tanto es el principio conforme al cual *obra*”²⁰⁸. La *ley*, en cambio, es el *principio objetivo* “según el cual dicho sujeto *debe obrar*, o sea, es un imperativo”²⁰⁹; que, en tanto principio *objetivo*, se pretende “válido para todo ser racional”²¹⁰.

La acción categorizable como delito implica una perturbación del orden normativo no en virtud de la discordancia entre su exterioridad fenoménica y la exterioridad de la conducta imperativamente prescrita por el desoído mandato. Como asevera Lesch

...el verdadero substrato del delito no se configura *per se* mediante el menoscabo (material) de las esferas externas de libertad (o de derechos o de bienes) del otro, sino que el delito se configura en primer lugar

²⁰⁶ KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Obs. Gral. §A] 153 n. [Destacado original]. Véase *infra*. §III.2.7.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. [Obs. Gral. §E] 166.

²⁰⁸ KANT, I. 1785., *op. cit.*, p. 104 n. [Destacado original].

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 104 n. [Destacado original].

²¹⁰ *Ibid.*, p. 104 n.

mediante la lesión (inmaterial) del orden moral racional –que se produce con la lesión de las citadas esferas–...²¹¹

Ahora, esa lesión inmaterial del orden moral racional existe cuando la transgresión a la ley tiene lugar –en términos de Kant– no por defecto sino por contradicción. Se da cuando el agente comete el crimen “siguiendo la máxima de una regla adoptada como objetiva”, esto es, cuando el principio *subjetivo* que en lo inmediato determina su obrar externamente aprehensible como contravención a la norma –en tanto fenoménicamente incompatible con el obrar por ella prescrito–, se entiende derivación de un principio *objetivo* del obrar debido, esto es, cuando su máxima emana de una ley práctica que, como tal, pretende validez universal. La intención de justificar el específico obrar delictivo cede paso a la pretensión de generalizar el principio subjetivo que lo determinó convirtiéndolo en objetivo, es decir, a la voluntad de legitimar un principio universal contrapuesto al instituido en forma de derecho. La voluntad del delincuente planteada como universal, conlleva la aspiración de sustituir la voluntad jurídicamente consagrada; implica, como señala Kant, rechazar la autoridad de la ley misma y, de esta suerte, pone en cuestión el poder imperativo consustancial a todo orden de derecho.

La transgresión al derecho en cuyo marco cabe inscribir el crimen, recibe en Hegel una caracterización análoga. Vimos que Kant distingue entre “desviación” y “contradicción” de la ley. En el primer caso el delincuente desea eludirla sin negarle formalmente obediencia; en el segundo, rechaza su autoridad misma. Hegel, por su parte, distingue tres modalidades de injusticia²¹², esto es, tres modos de vulneración del derecho²¹³.

²¹¹ LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 23.

²¹² Para Hegel el *contrato* alberga un germen de injusticia en tanto lo puesto en común por el arbitrio de los contratantes da pie a una comunidad de voluntades particulares idénticas, mas no a una voluntad universal: “se trata de personas *inmediatas*, en las que es contingente que su voluntad particular *coincida* con la voluntad *existente en sí*, que tiene su existencia exclusivamente por intermedio de aquélla. En cuanto *por sí* particular, es diferente de la voluntad universal y al caer en lo arbitrario y contingente del

En primer lugar, existiría lo que llama “injusticia civil o de buena fe” o “entuerto inocente”, que tiene lugar cuando dos sujetos alegan poseer título jurídico sobre determinada cosa, es decir, cuando cada uno “considera la cosa de su propiedad basándose en su fundamento jurídico particular”²¹⁴. Se genera entonces un *conflicto jurídico*:

opinar y del querer, se enfrenta con lo que es *en sí* justo, dando así lugar a la *injusticia*.” (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§81] 172 [Destacado original]). El derecho particular, en tanto determinación del universal derecho en sí por la voluntad particular, existe como apariencia: “el aparecer (el fenómeno) es el estadio de la contingencia, la esencia en relación con lo inesencial. En la injusticia, empero, el aparecer se convierte en apariencia. Apariencia es la existencia que no es adecuada a la esencia...” (*Ibid.*, p. [§82 Agr.] 174) La injusticia, por tanto, es “la apariencia de la esencia que se pone como independiente.” (*Ibid.*, p. [§83 Agr.] 175).

²¹³ Hegel emplea la expresión *Unrecht*. En la traducción de Vermal de los *Principios de la filosofía del derecho* (1821) que se tiene a la vista, se traduce como *injusticia* (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, pp. [§§82 y ss.] 174 y ss.). En la versión de Valls Plana de la *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio* (1830) se traduce, en cambio, como *entuerto* (HEGEL, G. W. F. 1830., *op. cit.*, p. [§496] 529, n. 831). *Unrecht* significa literalmente no-derecho o lo-contrario-a-derecho. Se trata de “una noción enteramente genérica que recubre todo lo contrario a derecho y para lo cual no tenemos hoy palabra en uso” (Valls Plana, en: HEGEL, G. W. F. 1830., *op. cit.*, p. [§496] 529 n. 831 [Destacado original]). Por ese motivo Valls Plana opta por la expresión en desuso *entuerto* como referencia genérica al no-derecho, a “lo torcido” en contraste con la “rectitud” del derecho. Ante la dificultad, Bascuñán prefiere una traducción literal de *das Unrecht* como *lo-contrario-a-derecho* (BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 1997., *op. cit.*, p. 295 n. 6). Dentro de los márgenes de nuestra investigación, basta con consignar la naturaleza problemática de la traducción sin hacernos cargo de ella. En adelante se usarán indistintamente, y el recurso al término *injusticia* habrá de entenderse en el sentido genérico de no-rectitud, de lo-contrario-a-derecho.

²¹⁴ HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§84] 176. Cabe advertir que el concepto hegeliano de *propiedad* trasciende significativamente el campo de referencia semántico que por regla general posee en la tradición de pensamiento jurídico vigente hasta la actualidad. Para Hegel “La persona, para existir como idea, tiene que darse *para su libertad una existencia exterior*” (*Ibid.*, p. [§41] 125 [Destacado original]). La voluntad infinita existente en y por sí recibe su primera determinación en su diferenciación con un exterior: “Lo inmediatamente distinto del espíritu libre es para él y en sí lo *exterior* en general: una *cosa*, algo carente de libertad, de personalidad, de derecho” (*Ibid.*, p. [§42] 125 [Destacado original]). Por lo tanto, cuando el injusto –y en particular el delito– afecta una cosa exterior, esta afectación deviene injusticia no en virtud de su inmediatez exterior, sino en tanto ésta se concibe como depósito de la voluntad exteriorizada, es decir, cuando se advierte que esa “existencia en que se ha colocado es el ser de la libertad” (*Ibid.*, p. [§92] 179). El exterior objeto de la propiedad afectada por el injusto va más allá de las “cosas” en el sentido coloquial del término, e incluye, por ende, la propia vida y la corporalidad: “Según su existencia *inmediata*, el hombre es en sí mismo algo natural, exterior a su concepto. Sólo por medio del cultivo de su propio cuerpo y espíritu, esencialmente cuando *su autoconciencia se aprehende como libre*, se toma él en posesión y deviene propiedad de sí mismo. Este tomar posesión es, a la inversa, el poner en la *realidad* lo que él es según su concepto (como una *posibilidad*, facultad, disposición), con lo cual se pone al mismo tiempo como lo suyo y como objeto separado de la simple autoconciencia, tornándose así susceptible de adquirir la *forma de la cosa*.” (*Ibid.*, p. [§57] 141 [Destacado original]). Se sigue que “[e]l cuerpo no es adecuado al espíritu por ser una existencia inmediata; para que sea su órgano dócil y su medio animado, es necesario que éste lo *tome en posesión*. Pero *para los otros* soy esencialmente libre en mi cuerpo tal como lo poseo inmediatamente” (*Ibid.*, *op. cit.* p. [§48] 132 [Destacado original]). Por lo tanto,

Este conflicto, en el que se reivindica la cosa *por un fundamento jurídico*, y que constituye la esfera de los *procesos civiles*, contiene el *reconocimiento* del derecho como lo universal y decisivo, de manera tal que la cosa debe pertenecer a quien tenga derecho a ella. El conflicto se refiere sólo a la *subsunción* de la cosa bajo la propiedad de uno u otro; es pues un juicio *simplemente negativo* donde el predicado de lo mío sólo niega lo particular.²¹⁵

La divergencia entre la voluntad particular de los individuos se despliega sobre la base de la recíproca referencia al fundamento jurídico que, desde sus respectivos puntos de vista, los asiste en sus reclamaciones. En este deseo de fundar sus posiciones *en el derecho* se reconoce la validez del orden jurídico como lo universal y decisivo²¹⁶. El conflicto se sostiene sobre un error: una de las partes desconoce que su voluntad particular carece de un correlato universal en el derecho en sí, y que, en la medida en que su reclamación no cabe subsumirse dentro de las categorías jurídicas a las que apela, en realidad carece de sustento. El derecho invocado deviene en lo inmediato (en sí) *apariencia* y, por tanto, *injusticia*.²¹⁷

En este supuesto existe una objetiva desviación de la ley²¹⁸, pero no es una desviación *deliberada*²¹⁹ sino “de buena fe”. En tanto una de las partes desconoce la improcedencia de su subsunción de lo particular en lo universal (esto es, la naturaleza mera-

“[m]ientras vivo, mi alma [...] y mi cuerpo no están separados, *éste es la existencia de la libertad*” (*Ibid.*, p. [§48 Ob.] 132 [Destacado agregado]). Si mi cuerpo es la existencia de mi libertad, “la violencia ejercida por otros *sobre mi cuerpo* es violencia ejercida *sobre mí*” (*Ibid.*, p. [§48 Ob.] 132 [Destacado original]). En consecuencia, si bien “la voluntad libre [...] no puede ser en y por sí *violentada*” (*Ibid.*, p. [§91] 179 [Destacado original]), la violentación de una cosa exterior como el cuerpo en que esa voluntad adquiere “la forma de cosa”, supone lesionar el modo en que mi libertad, determinándose a sí misma, adquiere existencia; deviene, por tanto, *injusticia*. Esto resulta crucial para entender su concepto de *delito*, en tanto la noción de *propiedad* comprende categorialmente, por ejemplo, la vida que resulta destruida por el homicidio.

²¹⁵ *Ibid.*, p. [§85] 176 [Destacado original]. También en: HEGEL, G. W. F. 1830., *op. cit.*, p. [§497] 530.

²¹⁶ “Esta primera injusticia niega sólo la voluntad particular y respeta en cambio el derecho universal. Es por lo tanto la injusticia menos grave.” (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§86 Agr.] 177).

²¹⁷ HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, pp. [§§82-3] 174-5.

²¹⁸ “Si la apariencia es sólo en sí y no también por sí, es decir, si tomo lo injusto por justo, la injusticia es de buena fe. *La apariencia es aquí para el derecho no para mí.*” (*Ibid.*, p. [§83 Agr.] 175 [Destacado agregado]).

²¹⁹ Cfr. KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Obs. Gral. §A] 153 n.

mente aparente de su derecho sobre la cosa), su demanda se basa en una afirmación de la validez del derecho que, siendo errada, no comporta agravio al derecho en sí. Por ende, pese a su naturaleza injusta, de esta acción no deriva un efecto de desestabilización del orden instituido; el conflicto se mantiene en el ámbito civil y su resolución no demanda un castigo que restituya un equilibrio que, en rigor, no se ha visto perturbado.

En segundo término, Hegel habla del “fraude” o “entuerto del engaño”²²⁰. En este caso lo universal es llevado por la voluntad particular a una voluntad sólo aparente²²¹:

...la apariencia del derecho es querida en cuanto tal por la voluntad particular *en contra* del derecho-en-sí, haciéndose así *maliciosa* la voluntad, el *reconocimiento* externo del derecho queda entonces separado de su *valor* y sólo aquél se respeta, mientras éste queda lesionado.²²²

El derecho se reconoce, mas sólo en su exterioridad: respecto a las particulares cualidades inmediatas de la cosa objeto de intercambio, el acuerdo contractual es real; empero, su universalidad interna, que justificó el consentimiento de la contraparte, se encuentra ausente²²³. Esta ausencia se oculta; se hace creer al perjudicado que la acción exigida se inscribe en las categorías del derecho y es, por tanto, justa, pese a estar al tanto de la improcedencia de la subsunción. Se presenta aquí una falsa apariencia del derecho como su verdad. Existe, por ende, vulneración del derecho en sí, en tanto la voluntad particular maliciosamente aparenta reconocerlo pese a conocer la divergencia entre esa representación particular de lo universal y lo universal mismo. Al tergiversarse deliberadamente en una apariencia que se exhibe al otro para, engañándolo, obtener beneficios

²²⁰ Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 1997., *op. cit.*, p. 296.

²²¹ HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§87] 178. “El derecho, en cuanto *particular* [...] es puesto como *apariciencia* por el *sujeto*” (*Ibid.*, p. [§83] 175 [Destacado original]).

²²² HEGEL, G. W. F. 1830., *op. cit.*, p. [§498] 530 [Destacado original].

²²³ “Por el arbitrio de otro se me puede presentar una falsa apariencia, de tal manera que el contrato sea correcto en cuanto libre consentimiento bilateral sobre el intercambio de *esta* cosa, según su individualidad *inmediata*, pero falte en él el lado de la universalidad existente en sí.” (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§88] 178 [Destacado original]).

individuales; lo universal se degrada al estatus algo subjetivo y, por esta vía, se lo lesiona²²⁴.

En el “injusto de buena fe” se trata, en términos de Hegel, de un “simple juicio negativo”²²⁵ cuya resolución requiere agregar al juicio particular de las partes “un tercer juicio que como juicio del *derecho en sí* es desinteresado respecto de la cosa”²²⁶, y, de este modo, mediatice “el poder [del derecho] de darse existencia contra aquella apariencia”²²⁷. En el caso del “fraude” o “engaño” estamos ante un “juicio infinito en tanto que idéntico”²²⁸, esto es, uno que “retiene la [mera] referencia formal [junto] con el abandono del contenido valioso”²²⁹. Aquí también la injusticia se resuelve merced a “una justicia liberada de los intereses y de las formas subjetivas”²³⁰; una “voluntad que, en cuanto voluntad *subjetiva* particular, quiera lo universal como tal”²³¹. Esta justicia debe hacer valer el derecho mediante la negación, en el primer caso, del “juicio simplemente

²²⁴ Lo-contrario-a-derecho tiene lugar en un contexto en que el reconocimiento del derecho se plantea como exigencia, como deber ser “porque la voluntad no se ha liberado aún de la inmediatez del interés y no tiene todavía como fin, en cuanto particular, la voluntad universal. Ésta no se ha determinado aún como la reconocida realidad efectiva ante la cual las partes deberían resignar sus opiniones e intereses particulares.” (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§86] 177). De ahí que, como a continuación veremos, la resolución de la injusticia exija la intervención del tribunal en tanto portador de “una voluntad que, en cuanto voluntad *subjetiva* particular, quiere lo universal como tal”. (*Ibid.*, p. [§103] 193 [Destacado original]).

²²⁵ Un “juicio simplemente negativo” enuncia el hecho de que una “cualidad universal no se corresponde con la naturaleza concreta del sujeto”. “En esta negación [...] se mantiene todavía la *referencia* del sujeto al predicado en virtud de la cual, el sujeto es relativamente universal y del cual sólo se ha negado su *determinidad* (‘la rosa *no* es roja’ implica aún [en efecto] que posee color y, en primer término, otro color que a su vez daría lugar a un juicio positivo).” (HEGEL, G. W. F. 1830., *op. cit.*, pp. [§172] 256; [§173] 256 [Destacado original]). Gans, en su Agregado al §86 de los *Principios de filosofía del derecho*, recurre al mismo ejemplo para explicar la injusticia de buena fe: “Si digo que una rosa no es roja, reconozco sin embargo que tiene color y no niego, por lo tanto, el género, sino sólo lo particular, lo rojo. Del mismo modo se reconoce en este caso el derecho; toda persona lo quiere y debe tener sólo lo que por derecho le corresponda; la injusticia sólo consiste en que confunde lo que quiere con el derecho.” (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.* p. [§86 Agr.] 177).

²²⁶ HEGEL, G. W. F. 1830., *op. cit.*, p. [§497] 530 [Destacado original].

²²⁷ HEGEL, G. W. F. 1830., *op. cit.*, p. [§497] 530.

²²⁸ Esto es, aquel consistente en “la vacía referencia *idéntica* (‘lo singular es lo singular’): juicio *idéntico* [o tautológico]” (*Ibid.*, p. [§173] 256 [Destacado original]).

²²⁹ *Ibid.*, p. [§498] 530.

²³⁰ HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§103] 193 [Destacado original].

²³¹ *Ibid.*, p. [§103] 193 [Destacado original].

negativo” asociado a la incorrecta subsunción y, en el segundo, del “juicio infinito idéntico” ínsito a la afirmación tautológica de una apariencia deliberadamente dissociada del valor; para sustituirlos por un “juicio positivo” en que lo universal del derecho reciba correcta particularización y, “frente a la voluntad arbitraria que meramente opina, lo objetivo o universal sea reconocible como *valor* y sea válido como derecho, ante el cual se elimina el arbitrio subjetivo”²³². Este poder “independiente al *querer particular* y al *opinar* acerca del derecho”²³³ sobre los que se basan las transgresiones fundadas en la errónea creencia en la verdad de su apariencia o en la maliciosa presentación de esa apariencia como esencia; este poder que realiza el derecho en los casos particulares dejando de lado “el sentimiento subjetivo del interés *particular*”; reside, claro está, en el *tribunal*²³⁴.

Por último llegamos a la tercera modalidad de contrariedad al derecho: el *delito*, que concentra la “auténtica injusticia”²³⁵ y que Hegel homologa a la *violencia*:

La primera violencia ejercida como fuerza por el individuo libre, que lesiona la existencia de la libertad en su sentido *concreto*, el derecho en cuanto derecho, es el *delito*. Es un *juicio negativo infinito* en su sentido completo [...] mediante el cual no sólo se niega lo particular, la subsunción de una cosa bajo mi voluntad [como en la injusticia de buena fe], sino también lo universal, lo infinito en el predicado de lo mío, es decir,

²³² *Ibid.*, p. [§89] 178 [Destacado original].

²³³ *Ibid.*, p. [§219] 341.

²³⁴ *Ibid.*, pp. [§§219-29] 341-351. Es claro que en el caso del “injusto de buena fe” el restablecimiento judicial de la justicia no tiene lugar merced a la intervención de una pena, pues “no se ha querida nada contra el derecho” y basta, por consiguiente, con que la reacción se mantenga en el plano civil. Para Gans –cuyos “agregados” se incluyen en la gran mayoría de las ediciones de los *Principios de la filosofía del derecho* de Hegel (como la que se tiene a la vista)– en el caso del “fraude” o “engaño” si procedería la imposición de un castigo “porque el lesionado es el derecho”. (*Ibid.*, p. [§89 Agr.] 179). Bascuñán discrepa de esta opinión, advirtiendo que el propio Hegel no explicita el modo en que el derecho ha de resolver lo-contrario-a-derecho del fraude y, en cambio, si afirma expresamente que el ámbito del derecho penal – en el que, cabe suponer, se concentra la imposición de penas– se restringe al injusto constitutivo de *delito* (*Ibid.*, pp. [§95] 181-2). (BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 1997., *op. cit.*, p. 296).

²³⁵ HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§90 Agr.] 179. El delito “es injusticia en sí y para mí: yo quiero lo injusto y no utilizo la apariencia del derecho. El otro, sobre el que recae el delito, no considerará como lo justo lo injusto en y por sí. La diferencia entre el delito y el fraude radica en que en éste hay aún en la forma de actuar un reconocimiento del derecho que en cambio no existe en el delito.” (*Ibid.*, p. [§83 Agr.] 176).

que se niega no sólo la *capacidad jurídica*, sin la mediación de mi opinión (como en el fraude), sino precisamente contra ella. Esto constituye la esfera del *derecho penal*.²³⁶

A nuestro juicio, precisamente aquí, en el concepto de delito y luego en el de pena, cabe identificar una significativa semejanza en la estructura de los argumentos de Kant y Hegel, proximidad que justifica su tratamiento conjunto en tanto admiten ambos lícitamente reconducirse a la categoría de modelos *retributivos* de justificación de la pena.

Cuando Kant hablaba de la transgresión a la ley que califica como mera “desviación” (y no “contradicción”) del derecho, la describía como una acción que, desde el punto de vista del sujeto que la protagoniza, constituye una *excepción a la regla*, un “eximirse de ella en ocasiones”²³⁷; conducta que, si bien conserva el estatus de delito, ostenta menor gravedad. Se trata, en tanto “excepción”, de un “juicio simplemente negativo” en el sentido hegeliano de negar la procedencia de la subsunción de lo particular (mi acción) en las categorías de lo universal (la ley). Por otro lado, empero, estamos ante una desviación deliberada, una actuar “a sabiendas” de la impropiedad de la subsunción (es decir, malicioso). Por tanto, a diferencia del “injusto de buena fe” hegeliano, en la “desviación” kantiana existe conocimiento de su incorrección y, por tanto, una voluntad particular que, presentando su apariencia como esencia, niega la universal. Esta voluntad negadora de lo universal es no obstante meramente “oportunista”, regida por un deseo auto-interesado del sujeto de eludir el imperio de la ley pero sólo para sí mismo en el contexto de su específico caso. De esta suerte, puede tener lugar sin negarle formalmente obediencia a la regla²³⁸. El universal se reconoce formalmente al tiempo que la voluntad particular exteriorizada en la transgresión lo niega. En tanto la apariencia es querida por

²³⁶ *Ibid.*, pp. [§95] 181-2 [Destacado original].

²³⁷ KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Obs. Gral. §A] 153 n.

²³⁸ Siendo a su vez compatible con que el transgresor *deteste su propia transgresión*. (KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Obs. Gral. §A] 153 n.).

la voluntad particular en contra del derecho en sí, estamos ante lo que Hegel denomina injusto del fraude²³⁹.

En el otro modo de transgresión que reconoce Kant, el sujeto actúa de acuerdo a una máxima adoptada como ley objetiva que alberga, por tanto, una pretensión de validez universal: convierte en regla de su acción obrar contra la ley²⁴⁰. Para Hegel esto constituye al delito propiamente tal: “un *juicio negativo infinito* en su sentido completo [...] mediante el cual no sólo se niega lo particular [...] sino también lo universal”²⁴¹. Con este juicio “se niega igualmente el género y la determinidad particular”²⁴²; es decir, no se niega una subsunción de lo particular en lo universal, sino lo universal mismo en su poder general de subsunción.

Existe aquí una lesión objetiva y subjetiva del derecho²⁴³, porque se trata de una “contraposición a sabiendas y manifiesta de la voluntad particular al derecho, traducida en la lesión del derecho ajeno”²⁴⁴. Se lesiona *lo subjetivo* al afectar la existencia exterior de una voluntad particular provocándose un daño o perjuicio –ha repararse civilmente²⁴⁵–; pero se lesiona también *lo objetivo* del derecho, la ley en sí, “la voluntad existente en sí (y por consiguiente tanto la del que la efectúa como la del que la padece y de todos los demás)”²⁴⁶. La naturaleza *violenta* del delito radica en que la injusticia contra el derecho “es una fuerza contra la *existencia* de mi libertad en una *cosa exterior*”²⁴⁷. Para Hegel la cosa exterior refleja y contiene la voluntad; sólo de ese modo ésta adquiere

²³⁹ Pasando de ser un “juicio simplemente negativo” a un “juicio infinito en tanto que idéntico”, en la terminología hegeliana.

²⁴⁰ KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Obs. Gral. §A] 153 n.

²⁴¹ HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, pp. [§95] 181-2 [Destacado original].

²⁴² HEGEL, G. W. F. 1830., *op. cit.*, p. [§499] 531.

²⁴³ “La auténtica injusticia es el delito, en el cual no se respeta el derecho ni en sí ni como se me aparece a mí, con lo que se lesionan ambos lados, el objetivo y el subjetivo.” (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§90 Agr.] 179).

²⁴⁴ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 1997., *op. cit.*, p. 296.

²⁴⁵ HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§98] 184.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. [§99] 185.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. [§94] 181 [Destacado original]. Véase lo dicho *supra* a propósito del concepto de *propiedad* en Hegel.

existencia: “la existencia en que se ha colocado es el ser de la libertad”²⁴⁸. El delito lesiona “la existencia de la libertad en su sentido concreto”²⁴⁹ en tanto “exteriorización de una voluntad que elimina la exteriorización o existencia de una voluntad”²⁵⁰.

Esta negación con que el delito lesiona “el derecho en cuanto derecho”²⁵¹, tiene lugar de modo muy análogo al planteado por Kant. Según Hegel:

En tanto voluntad y pensamiento, quien [así] actúa pone una ley en esa acción, aunque sea una ley meramente formal y sólo por él reconocida: un universal que *vale para él* y bajo el cual él mismo a la vez se ha subsumido con su acción.²⁵²

El problema es que tanto en Kant como en Hegel dicha pretensión de universalización de la máxima que determina la acción no cabe sino presuponerse en la persona del delincuente en tanto se lo juzgue un ser racional que se conduce en ejercicio de su libertad; alguien, por tanto, a quien resulta imputable la responsabilidad por la lesión del orden normativo que se sigue del sentido inscrito en su actuar²⁵³. De acuerdo a Hegel:

...[el delincuente] en su acción, en cuanto acción de un ser *racional*, está implícito que es algo universal, que por su intermedio se formula

²⁴⁸ *Ibid.*, p. [§92] 179.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. [§95] 181.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. [§92] 180.

²⁵¹ *Ibid.*, pp. [§95] 181; [§97] 184.

²⁵² HEGEL, G. W. F. 1830., *op. cit.*, p. [§500] 531 [Destacado original].

²⁵³ Para Kant: “Se llama *acto* a una acción en la medida en que está sometida a leyes de obligación, por lo tanto, también en la medida en que se considera al sujeto en ella desde la perspectiva de su libertad de arbitrio. A través de un acto semejante se considera al agente como *autor* del efecto, y éste, junto con la acción misma, pueden *imputársele*, cuando se conoce previamente la ley en virtud de la cual pesa sobre ellos una obligación. [...] *Persona* es el sujeto cuyas acciones son *imputables*. La personalidad *moral*, por tanto, no es sino la libertad de un ser racional sometido a leyes morales...” (KANT, I. 1797., *op. cit.*, pp. [Intr. §IV] 29-30 [Destacado original]). Obrar de otro modo y obviar el supuesto de la racionalidad del delincuente como ser libre *qua* condición de posibilidad de la adscripción de responsabilidad penal y de la consiguiente ejecución del castigo sobre él, supondría pasar por alto su estatus de persona moral, esto es, confundirlo con “los objetos del derecho real (*Sachenrecht*)” (*Ibid.*, p. [Ob. Gral. §E] 166) y transgredir con ello el imperativo práctico que impele a tratar a todo ser humano como un fin en sí mismo: “el hombre y en general todo ser racional *existe* como un fin en sí mismo, *no simplemente como un medio* para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre *al mismo tiempo como un fin*.” (KANT, I. 1785., *op. cit.*, p. 114 [Destacado original]).

una ley que él ha reconocido en ella para sí y bajo la cual puede por lo tanto ser subsumido como bajo *su* derecho.²⁵⁴

Por lo tanto, la perturbación general del orden instituido se presenta de suyo en la acción criminal con independencia de si en el plano fenoménico el agente se representa subjetivamente la pretensión de generalizar el principio que determina su obrar en forma de un ley universal que rija para todo ser racional en contraposición a normación jurídicamente instituida de dicho obrar²⁵⁵. En los términos de Jakobs, el quebrantamiento de la norma “niega las condiciones de lo común. Su significado es: ¡no esta sociedad!”²⁵⁶. Si el significado inscrito en la acción delictual es el de un “contraproyecto frente a la sociedad”²⁵⁷, su virtualidad desestabilizadora del orden normativo y, por derivación, del orden social *de facto* regulado por sus preceptos, resulta evidente²⁵⁸.

Para Hegel la “voluntad existente en sí (el derecho, la ley en sí) es lo que *por sí* no puede existir exteriormente y es, por lo tanto ilesionable”²⁵⁹. Por tanto, la lesión constitutiva del delito es para la voluntad particular del lesionado y de los demás, sólo algo negativo²⁶⁰; la “lesión del derecho en cuanto derecho tiene por cierto una existencia po-

²⁵⁴ HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§100] 187 [Destacado original].

²⁵⁵ Como plantea Jakobs, la negación de las condiciones de lo común implícita en la infracción de la norma penal “no debe entenderse de modo psicologizante; desde este punto de vista, el infractor de la norma –a no ser que quiera fundar una contrasociedad o actuar como Eróstrato– por regla general no desea significar absolutamente nada, sino que, por el contrario, intentará mantener su hecho *privatissime*. Pero la sociedad que insiste en la definición del infractor de la norma como persona –aunque formal– interpreta el comportamiento en el sentido antes indicado, y ello, mientras esa sociedad siga siendo real. No entiende la conducta como naturaleza, sino como contradicción. [...] [L]a sociedad aquí descrita pasa a ser no homogénea al insistir en la personalidad del infractor de la norma, es decir, al interpretar el quebrantamiento de la norma como afirmación que debe ser tomada en serio.” (JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, pp. 21-2). En el mismo sentido: LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 30.

²⁵⁶ JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, p. 21.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 34.

²⁵⁸ “Puesto que en la sociedad civil la propiedad y la personalidad tienen reconocimiento y validez legales, el *delito* no es ya lesión de un *infinito subjetivo*, sino de la cosa *universal*, que tiene en sí misma una existencia firme y sólida. Con esto aparece el punto de vista de la *peligrosidad* de la acción para la sociedad...” (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§218] 339 [Destacado original]).

²⁵⁹ *Ibid.*, p. [§99] 185 [Destacado original].

²⁶⁰ *Ibid.*, p. [§99] 185.

sitiva, exterior, pero esta existencia es *en sí misma nula*”²⁶¹. En otras palabras, si la lesión del universal es sólo negativa, la voluntad que la ejerce es en sí misma nula pero posee una existencia exterior que, en tanto lesiona la existencia externa de la libertad, exterioriza una negación universal de lo universal:

Su única existencia positiva es como voluntad particular del delincuente. La lesión de ésta en cuanto voluntad existente es por lo tanto la eliminación del delito –*que de otro modo sería válido*– y la restauración del derecho.

Así es como el delito genera el desequilibrio normativo en cuestión. Su restitución demanda entonces la intervención de un mecanismo destinado a neutralizarlo retributivamente: la *pena*.

* * *

Como hemos visto, el castigo contiene una inextirpable dimensión de violencia. Para quien ha de soportarlo se muestra siempre como la imposición de una normatividad extraña o, lo que es lo mismo, como facticidad agresiva, mal o sufrimiento. La operación del derecho instituido exige el sistemático funcionamiento de mecanismos coactivos orientados a conservar el orden instaurado; entre ellos cabe situar la pena. Kant advierte con claridad este aspecto del castigo:

En todo castigo hay algo humillante para la honra del acusado (con derecho), porque implica una coerción únicamente unilateral y, por tanto, la dignidad de ciudadano como tal queda suspendida, al menos en un caso especial, ya que se encuentra sometido a un deber externo, al que, por su parte, no puede oponer resistencia alguna.²⁶²

²⁶¹ *Ibid.*, p. [§97] 184 [Destacado original].

²⁶² KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Ap. §5] 206 n.

Como para nosotros, para Kant esta dimensión coactiva no es un atributo exclusivo del ámbito penal sino un rasgo intrínseco al derecho como tal: a su parecer “derecho y facultad de coaccionar significan [...] una y la misma cosa”²⁶³. Sin embargo, a diferencia de lo que hemos sostenido, para Kant este componente coercitivo no significa sin más el ingreso de la violencia al derecho. Si bien admite que su concepto lleva consigo la potestad coercitiva,

...no considera esta facultad como un acto de violencia contrario a la razón ni como una pretensión ilegítima de establecer un ordenamiento jurídico-positivo, sino como un elemento irrenunciable y válido a priori de todo derecho. Por muy paradójico que pueda parecer, sin potestad coercitiva no se concibe un ordenamiento jurídico destinado a garantizar la convivencia en libertad.²⁶⁴

El castigo supone infligir un mal; este mal se impone a un sujeto cuya honra se ve vulnerada y su dignidad ciudadana suspendida en tanto ha de soportarlo como un poder externo que heterónomamente se le impone, es decir, en cuanto su ejecución equivale al ejercicio de una “coerción únicamente unilateral”²⁶⁵. Esta violencia de la justicia penal, que hemos llamado “violencia conservadora” del derecho, surge de la imposición de un universal abstracto sobre un particular concreto que, en tanto destinatario, no se reconoce a sí mismo como (co)autor de la norma que justifica el castigo que ha de soportar. Empero, de cara a esta divergencia, Kant ofrece una explicación plenamente consistente con su sistema teórico:

Yo, como legislador que decreta la *ley penal*, no puedo ser la misma persona que, como súbdito, es castigada según la ley; por que como tal, es decir, como criminal, no puedo tener un voto en la legislación (el legislador es santo). Por tanto, cuando yo formulo una ley penal contra mí, como criminal, es la razón pura jurídico-legisladora en mí (*homo noumenon*) la que me somete a la ley penal a mí, como capaz de cometer

²⁶³ *Ibid.*, p. [Intr. §E] 42.

²⁶⁴ HÖFFE, O., *op. cit.*, p. 202.

²⁶⁵ Para Kant un atributo inseparable de la esencia de la ciudadanía es “la *libertad* legal de no obedecer a ninguna otra ley más que aquella a la que ha dado su consentimiento”. (KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [§46] 143 [Destacado original]).

crímenes, por consiguiente, como otra persona (*homo phaenomenon*) junto con todas las demás de la asociación civil. Con otras palabras: no es el pueblo (cada individuo en el mismo) quien dicta la condena a muerte, sino el tribunal (la justicia pública), por tanto, otro distinto del criminal...²⁶⁶

De esta suerte, la voluntad instituida que merced al ejercicio del poder (violencia) fundacional adquiere la *forma* de derecho, opera respecto a los agentes portadores de la voluntad instituyente (*prima facie* representada en la primera) como “razón pura jurídico-legisladora”: la voluntad que se impone al *homo phaenomenon* es una voluntad que ha dejado de reconocer como propia, es la voluntad de un *homo noumenon* que se le aparece como un otro extraño. No es la normatividad del “pueblo” *instituyente* sino la de la “justicia pública” *instituida* la que se le impone, constituyéndose así en heterónoma facticidad, en coacción, es decir, en violencia.

Sin embargo, para Kant esta coacción no es violencia, sino coacción jurídica, esto es, legítima. ¿Por qué?

La resistencia que se opone a lo que obstaculiza un efecto fomenta ese efecto y concuerda con él. Ahora bien, todo lo contrario al derecho (*unrecht*) es un obstáculo a la libertad según leyes universales: pero la coacción es un obstáculo o una resistencia a la libertad. Por tanto, si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, contrario al derecho (*unrecht*)), entonces la coacción que se le opone, en tanto que *obstáculo* frente a *lo que obstaculiza la libertad*, concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, es conforme al derecho (*recht*): por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción.²⁶⁷

El derecho no puede sino operar coactivamente, de modo heterónomo, ya que, a diferencia de la ética, “los deberes nacidos de la legislación jurídica sólo pueden ser externos”²⁶⁸: ésta “*tiene que ser una legislación que coaccione*, no un reclamo que atraí-

²⁶⁶ KANT, I. 1797., *op. cit.*, pp. 171-2 [Destacado original].

²⁶⁷ *Ibid.*, pp. [Intr. §D] 40-1 [Destacado original].

²⁶⁸ *Ibid.*, p. [Intr. MC §III] 24.

ga”²⁶⁹. La *pena*, como el derecho, es coacción, mas su coacción no es violenta porque se encuentra institucionalmente inscrita en un estado civil distributivamente *justo* que, como sistema de “coacción recíproca universal, concordante con la libertad de cada uno según leyes universales”²⁷⁰, re-formula su sentido. Si el delito, en cuanto violencia, es un modo de coacción que atenta contra la libertad, la coerción de la pena no puede concebirse del mismo modo. El derecho *es* un sistema de ordenación coactiva de la coacción exterior recíproca: su coacción exterior no puede atentar contra la libertad porque, al supeditar el ejercicio de toda coacción a la verificación de su conformidad con la ley universal, es, antes bien, la condición de posibilidad de la coexistencia no-violenta de la libertad de cada cual, esto es, del estado que define la esencia (ideal) del derecho. Al inscribir su coerción dentro de la trama discursiva que la redefine como una modalidad de coacción universal recíproca idónea para garantizar la libertad externa de los arbitrios, su dimensión de violencia resulta –como hemos visto– simbólicamente neutralizada: la formalización jurídica desplaza el contenido semántico *prima facie* violento del castigo y lo re-constituye en un acto no-violento de justicia²⁷¹. La violencia de la justicia penal propiamente tal, de la aplicación de un universal sobre un concreto particular que deviene imposición compulsiva de una facticidad ajena, resulta obliterada por la remisión discursiva a la justicia distributiva del orden instituido cuyo marco de referencia simbólico recubre el “vacío de particularidad”²⁷² y de esta suerte des-violentiza la operación aplicativa que en su interior se despliega. Si el orden universal de coacción recíproca garantiza la coexistencia de la libertad, la coacción informe (violenta) del crimen la

²⁶⁹ *Ibid.*, p. [Intr. MC §III] 24 [Destacado agregado]. “La legislación que hace de una acción un deber y de ese deber, a la vez, un móvil, es *ética*. Pero la que no incluye al último en la ley y, por tanto, admite también otro móvil distinto de la idea misma del deber, es *jurídica*. En lo que respecta a esta última, vemos fácilmente que estos móviles, distintos de la idea del deber, tienen que extraerse de los fundamentos patológicos de la determinación del arbitrio, de las inclinaciones y las aversiones...” (*Ibid.*, p. [Intr. MC §III] 24 [Destacado original]). (El término “patológico” no tiene para Kant el significado que ahora suele dársele; antes bien, designa el hecho de verse pasivamente afectado y determinado en el obrar por la sensibilidad. Véase: ARAMAYO, en: KANT, I. 1785., *op. cit.*, p. 73 n. 7).

²⁷⁰ KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Intr. DC §E] 41.

²⁷¹ Véase *supra*. §II.1.2.; §III.1.1.2.

²⁷² Véase *supra*. §II.1.3.

obstaculiza ilegítimamente; la coacción formal (no-violenta) de la pena, en cambio, obstaculiza el obstáculo a la libertad y, de este modo, restablece el orden de coacción recíproco según leyes universales, compensando retributivamente el equilibrio normativo perturbado por el crimen y reafirmando la vigencia del derecho y, con ello, de la libertad como tal.

Hegel rechaza la naturaleza *a priori* coercitiva que Kant identifica en el derecho, por cuanto discrepa de su conceptualización como ley universal según la cual las libertades subjetivas resultan recíprocamente limitadas para coexistir. A su juicio, desde el momento en que “el fundamento esencial y primero no es la voluntad en cuanto racional y existente en y por sí, sino en cuanto voluntad individual según su propio arbitrio”, “lo racional sólo puede aparecer como una *limitación de esa libertad*”²⁷³, esto es, como coerción en el sentido kantiano. Para Hegel, en cambio, el derecho *es* la existencia de la voluntad libre, la libertad en cuanto idea²⁷⁴. La dimensión de coerción resulta en principio del todo ajena a su concepto; sólo ingresa como *segunda* coacción: en “derecho, la coerción sólo se da como superación de un primer forzar inmediato”²⁷⁵, esto es, “como reacción contraria a la coacción contraria a la libertad”²⁷⁶:

El derecho abstracto es *derecho forzoso* porque la injusticia contra él es una fuerza contra la *existencia* de mi libertad en una *cosa exterior*. La conservación de esta existencia frente a la fuerza es, por lo tanto, también una acción exterior y una fuerza que elimina la primera.²⁷⁷

²⁷³ HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§29 Obs.] 107 [Destacado agregado].

²⁷⁴ *Ibid.*, p. [§29] 106.

²⁷⁵ HEGEL, G. W. F. 1830., *op. cit.*, p. [§501] 532. Como comenta Valls Plana, a diferencia de Kant, para Hegel “en derecho la coerción sólo es legítima si es segunda, o sea, como resistencia o respuesta a una primera violencia”. (*Ibid.*, p. [§501] 532 n. 836).

²⁷⁶ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 1997., *op. cit.*, p. 300. “Definir pues el derecho abstracto o estricto desde un principio como un derecho al que se puede forzar equivale a aprehenderlo a partir de una consecuencia a la que sólo se llega haciendo el rodeo que pasa por la injusticia.” (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§94 Obs.] 181).

²⁷⁷ HEGEL, G. W. F. 1821. *op. cit.* p. [§94] 181 [Destacado original].

Para Hegel, según señalamos, el delito, “la lesión del derecho en cuanto derecho, tiene por cierto una existencia positiva, exterior, pero esta existencia es *en sí misma* nula”²⁷⁸. Si bien sólo existe como voluntad particular del delincuente²⁷⁹, “en su acción, en cuanto acción de un ser *racional*, está implícito que es algo universal, que por su intermedio se formula una ley que él ha reconocido en ella para sí”²⁸⁰. Si la existencia del delito en tanto voluntad particular contraria al derecho se reduce en su positividad a la existencia de la voluntad del delincuente, la “lesión de ésta en cuanto voluntad existente es por lo tanto la eliminación del delito –*que de otro modo sería válido*– y la restauración del derecho”²⁸¹. La violencia de la pena, “en cuanto *segunda* violencia, que es eliminación de la primera, es legítima, no sólo en ciertas condiciones sino necesariamente”²⁸² porque manifiesta la nulidad de la voluntad contraria-a-derecho y es así “la realidad efectiva del derecho, su necesidad que se media consigo misma por la eliminación de su lesión”²⁸³:

La eliminación del delito es una *compensación* [retribución] en la medida en que, según su concepto, es lesión de una lesión y, según su existencia, el delito tiene una extensión cuantitativa y cualitativa determinada, por lo cual también tiene que tener una negación en cuanto existencia.²⁸⁴

Como sostiene Mañalich, la prestación de la pena “consiste en el restablecimiento de la vigencia de la norma quebrantada por el delito, mediante la cancelación coercitiva de este quebrantamiento”²⁸⁵. Ahora, en esta cancelación coercitiva de la injusticia, en la negación de la voluntad que niega el derecho, tiene lugar el “hacerse valer del dere-

²⁷⁸ *Ibid.*, p. [§97] 184 [Destacado original].

²⁷⁹ *Ibid.*, p. [§99] 185.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. [§100] 187 [Destacado original].

²⁸¹ *Ibid.*, p. [§99] 185 [Destacado original].

²⁸² *Ibid.*, p. [§93] 180 [Destacado original].

²⁸³ *Ibid.*, p. [§97] 184.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. [§101] 189 [Destacado original].

²⁸⁵ MAÑALICH, J. P. 2010a. *op. cit.* p. 91; MAÑALICH, J. P. 2010c. Retribución como coacción punitiva. *Derecho y Humanidades* 16(I) (2010): 52.

cho-en-sí”²⁸⁶; en este restablecimiento del derecho retributivamente mediado por la pena opera la “auténtica realización del derecho”²⁸⁷. Para que esto sea posible la *pena* debe distinguirse con claridad de la represalia que se despliega como *venganza*²⁸⁸. En ésta el delito es eliminado sólo en la esfera de la inmediatez del derecho: la venganza puede ser una represalia justa según su *contenido*, pero según su *forma* es siempre la acción de una voluntad subjetiva, simplemente particular; su justicia es por ende meramente contingente²⁸⁹. La “reconciliación del derecho consigo mismo” demanda en cambio la intervención de un portavoz de la voluntad universal que, merced a la retribución punitiva, la reafirme en su validez negando la de la voluntad particular que exterioriza su negación²⁹⁰.

* * *

Este modelo se sitúa en una zona intermedia en que confluyen y se superponen consideraciones que, desde nuestra perspectiva metodológica, debieran diferenciarse. Si la “función” que se le adscribe a la pena no es externamente aprehensible como operación dirigida a generar efectos sociales sino que denota una “acción” conceptualmente circunscrita a la esfera “metafísica” en la que estos no ocupan lugar alguno, difícilmente

²⁸⁶ HEGEL, G. W. F. 1830., *op. cit.*, p. [§501] 531.

²⁸⁷ MAÑALICH, J. P. 2010a., *op. cit.*, p. 91; MAÑALICH, J. P. 2010c., *op. cit.*, p. 52.

²⁸⁸ Véase *supra*. §III.2.2.1.

²⁸⁹ HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§102] 192.

²⁹⁰ “El derecho contra el delito que adopta la forma de la *venganza* es sólo derecho *en sí*, pero no tiene la forma del derecho, es decir, en su existencia no es justo. En lugar de la parte lesionada aparece lesionado lo *universal*, que tiene su realidad propia en el tribunal y que se hace cargo de la persecución y castigo del delito. Éste deja así de ser una reparación contingente y sólo *subjetiva* para transformarse bajo la forma de *pena*, en la verdadera reconciliación del derecho consigo mismo. Ésta acontece, desde una perspectiva objetiva, como reconciliación de la ley que, por medio de la eliminación del delito, se restituye a sí misma y efectiviza por lo tanto su validez; desde la perspectiva subjetiva del delincuente, acontece como reconciliación con la ley sabida por él y válida para él y para su protección, en cuya ejecución encuentra la satisfacción de la justicia y por la tanto una acción *suya*.” (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, pp. [§220] 342-3 [Destacado original]).

podríamos insertarla en un espacio destinado a evaluar precisamente la facticidad que el modelo se encarga *ab initio* de excluir. El argumento “metafísico” debiera eventualmente abordarse en un marco teórico distinto, a saber, como modelo de justificación (normativa) de la legitimidad del castigo²⁹¹.

Ahora, el generalizado reproche de irracionalidad que se le imputa al modelo retribucionista tendría sentido si su propuesta se limitará a postular la eliminación del daño provocado por el delito mediante la adición de un nuevo daño, el de la pena. Esta caracterización nos devuelve al juicio de irracionalidad derivado de una aproximación circunscrita al punto de vista externo a la práctica punitiva jurídicamente institucionalizada, desde donde ésta no puede sino aparecer como la absurda repetición (desplazada) de un acto de violencia²⁹². Empero, como hemos intentado mostrar exponiendo sintéticamente los modelos de Kant y Hegel, la función retributiva trasciende con creces esta caracterización fáctica e inscribe la punición en el contexto de un sistema conceptual que le adscribe un claro sentido que justifica la violencia re-significándola como pena. Este sentido viene determinado por el orden normativo que el delito perturba, perturbación que la pena compensa retributivamente para, de este modo, restablecer el equilibrio instituido. Es en este marco donde la pena cumple un rol que no cabe reducir a la simple aportación de un perjuicio adicional. Hegel, como revisamos, es absolutamente claro al respecto²⁹³. De lo que se trata no es de “un perjuicio ni de este o aquel bien, sino, de un modo determinado, de lo *injusto* y lo *justo*”²⁹⁴. El perjuicio generado por el delito es jurídicamente

²⁹¹ Deslinde esbozado por el propio Kant: “La *justicia penal (iustitia punitiva)*, dado que el argumento de la *penalidad es moral (quia peccatum est)*, ha de distinguirse aquí de la *prudencia penal*, ya que ésta es *solamente pragmática (ne peccetur)* y se funda en la experiencia de lo que resulta más eficaz para prevenir el crimen; la primera, por tanto, se ocupa en la tónica de los conceptos jurídicos en un *lugar completamente distinto: locus iusti*, no el de lo *conducibilis* o lo *ventajoso* para cierto propósito, ni tampoco el lugar de lo meramente *honesti*, que ha de buscarse en la ética.” (KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Ap. §5] 206 n. [Destacado original]).

²⁹² Véase *supra*. §III.1.1.1.

²⁹³ Consideradas la lesión provocada por el delito y por la pena como afectaciones de una existencia exterior, “aparecerá por cierto como algo irracional querer un perjuicio meramente *porque ya existía un perjuicio anterior*” (HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§99 Obs.] 185 [Destacado original]).

²⁹⁴ HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§99 Obs.] 185 [Destacado original].

relevante sólo en tanto produzca un efecto que trascienda la facticidad de su lesión a un objeto y se identifique en ese acaecer externo un contenido significativo cuyo sentido sea contrario al derecho; esto es, en tanto la voluntad particular que encarna enuncie una pretensión de universalidad contrapuesta a la universalidad instituida. Sólo cuando el perjuicio deviene injusto se torna delito, y por ello ha de suprimirse mediante la pena²⁹⁵. Se sigue que nunca es el daño en su facticidad el que debe eliminarse mediante la otra facticidad de la pena; esta pretensión –enfrentada a la imposibilidad de materializarse en todo supuesto de daño no susceptible de reparación, por ejemplo– circunscribiría el eventual sentido de esa compensación al ámbito metafísico, único plano en que podría concebirse su efectividad general²⁹⁶. No obstante, en tanto la retribución no aspire a anular el daño en su materialidad sino a neutralizar el *sentido* normativo por ella vehiculizado, es decir, en tanto lo compensado sea la lesión al derecho ínsita en la lesión del objeto en que éste adquiere existencia externa –y, por tanto, lesionable–; resulta del todo posible captar su racionalidad y entender que justifica el castigo adscribiéndole una *función social*.²⁹⁷

Por lo tanto, “más acá” de la finalidad trascendental de restablecer un orden de justicia fundado en la razón, puede desprenderse del modelo retribucionista una propuesta de configuración del castigo susceptible de aprehenderse en términos fácticos. Es más, precisamente a partir de esa fundamentación “metafísica” es que derivan determinadas exigencias sobre su concreta articulación, exigencias que también es lícito considerar con independencia del sentido abstracto que en su origen las engendró.

²⁹⁵ “[E]l delito debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho”. (*Ibid.*, p. [§99 Obs.] 186).

²⁹⁶ Así, por ejemplo, para Feuerbach la pena no tiene ni por objeto ni por fundamento jurídico “[n]inguna retribución moral, porque ésta pertenece al ámbito de lo ético y no al del orden jurídico, aparte de ser físicamente imposible...” (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§18] 54).

²⁹⁷ Como sostiene Lesch: “El injusto, ya concluido en la realidad y por tanto no susceptible de ser impedido mediante coacción (preventiva), contiene, pues, una *función* atendiendo al estado jurídico ideal, en tanto el injusto daña este estado en su exactitud ideal y con ello marca en definitiva la perturbación que ha de ser eliminada mediante la pena.” (LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 23 [Destacado original]).

Así, según el modelo de justificación retributiva, el castigo debe organizarse de modo tal que su imposición pueda verse como una respuesta rigurosamente delimitada en su forma y contenido por un hecho pasado susceptible de considerarse delito y de adscribirse al sujeto castigado como una acción de la que es individualmente responsable. Deriva de esto, en primer lugar, que la imposición de la pena se encuentra condicionada por la verificación de un hecho pasado –orientación *retrospectiva*–, suprimiéndose todo espacio para la consideración de hipotéticas consecuencias futuras. En segundo lugar, la pena procede sólo en tanto el autor de esa acción pueda entenderse responsable de la misma, es decir, en tanto se dé por establecida su *culpabilidad*.

Se sigue de estos dos puntos que, al decidirse la imposición del castigo, atender a los efectos sociales que de ello puedan (o no) seguirse se encuentra por definición excluido. Su consideración no sólo es irrelevante sino ilegítima: la instrumentalización del penado respecto a fines extrínsecos a la acción por la que se lo castiga atenta frontalmente contra los preceptos de la justicia²⁹⁸. En palabras de Kant:

La *pena judicial* (*poena forenciss*), distinta de la *natural* (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo *porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*); frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil.²⁹⁹

²⁹⁸ Así lo considera también, entre otros, Baumann: “A mi juicio, es inadmisibles considerar en forma agravante los criterios de prevención general en el castigo individual. De esta manera, *el hombre se convertiría en instrumento para el mantenimiento del orden social. Pero él no es el instrumento, sino el fin de este orden*. Si se adoptara esta interpretación de la prevención general –que considero desacertada–, el individuo tendría que cargar con mayores dolores para evitarlos a los demás. Ordenar este dolor de reemplazo no puede constituir un asunto del orden jurídico.” (BAUMANN, J., *op. cit.*, p. 18 [Destacado agregado]).

²⁹⁹ KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Obs. Gral. §E] 166 [Destacado original].

En Kant el castigo sólo puede lícitamente imponerse al delincuente *porque* ha delinquido. La coerción de la pena adquiere legitimidad en la medida en que constituya un obstáculo a un hecho que obstaculiza la coexistencia de la libertad de todos bajo una ley universal. Sí y sólo sí el actuar del sujeto materializa dicho obstáculo, es decir, constituye un crimen, el Estado se encuentra habilitado para eliminar coercitivamente su producto mediante la pena. No hay otra posible justificación para la vulneración de su libertad particular que no sea la salvaguarda mediata del orden general de libertad que con su actuar previo afectó. Ahora, si la pena adopta como finalidad general el restablecimiento del orden normativo perturbado por el crimen, bien podría en este marco legitimarse la instrumentalización del penado en pos de ese fin que sin duda trasciende su individualidad. Para Kant, empero, esta posibilidad se encuentra *a priori* y categóricamente excluida por su directa afectación de la dignidad innata del hombre como “fin en sí mismo”³⁰⁰. Pese a concebirse como un sistema de ordenación del actuar externo y, por ende, como regulación normativa que necesariamente opera merced a la coactividad de sus mandatos, el derecho encuentra en esta piedra de toque moral un obstáculo insalvable: el hombre *nunca* puede ser manejado como medio para los propósitos de otro; hacerlo sería confundirlo entre los objetos del derecho real, esto es, tratarlo como cosa.

Por otro lado, la procedencia de la pena se encuentra condicionada a la posibilidad de imputar al sujeto la capacidad de afectar con su actuar la estabilidad el orden jurídico. Adscribirle dicha competencia coincide con su reconocimiento como sujeto libre y racional, atributos que el tratamiento objetivante como medio para fines extrínsecos rechazado por el retribucionismo, le negaría³⁰¹. Como señala Kant:

Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos, [el delincuente] tiene que haber sido juzgado *digno de castigo*.³⁰²

³⁰⁰ KANT, I. 1785., *op. cit.*, p. 114.

³⁰¹ Véase *supra*. §III.2.2.1.

³⁰² KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Obs. Gral. §E] 166 [Destacado original].

Para Kant “[n]adie sufre un castigo porque lo haya querido, sino porque ha querido la *acción punible*”³⁰³. En este querer la *acción* se encuentra inscrito –como hemos visto– el querer la *máxima* subjetiva que determina su externalización; y a este querer la *máxima* subyace el querer la *regla objetiva* merced a la cual el principio de su acción se formula como ley universal válida para todo ser racional. Se sigue que, para que la acción constituya una afectación del justo orden de derecho, ha de suponerse la racionalidad de su autor, condición para el ejercicio de la voluntad libre que permite imputarle responsabilidad moral por el hecho y sus consecuencias. Para que su actuar adquiriera el estatus institucional de delito ha de verificarse, por ende, su *culpabilidad*; y este juicio de culpabilidad contiene el señalado reconocimiento de su racionalidad y *a fortiori* de su dignidad. Se sigue que, para que el sujeto se juzgue “digno de castigo”, ha de poder juzgarse primero “digno de delito”, esto es, como un sujeto dotado de la suficiente racionalidad como para adscribirsele institucionalmente a su actuar fáctico una dimensión de sentido susceptible de considerarse apta para lesionar la vigencia del orden jurídico, y que demande, por consiguiente, la intervención de un mecanismo que retributivamente restituya el equilibrio que ha perturbado.

El fundamento que subyace a esta dimensión de la punición retributiva es desarrollado por Hegel:

La lesión que afecta al delincuente no es sólo justa *en sí*; por ser justa es al mismo tiempo su voluntad existente *en sí*, una existencia de su libertad, *su derecho*. Es por lo tanto un *derecho en el delincuente* mismo, es decir, puesto en su voluntad *existente*, en su acción. En efecto, en su acción, en cuanto acción de un ser *racional*, está implícito que es algo universal, que por su intermedio se formula una ley que él ha reconocido en ella para sí y bajo la cual puede por lo tanto ser subsumido como bajo *su derecho*.³⁰⁴

³⁰³ *Ibid.*, p. [Obs. Gral. §E] 171 [Destacado original].

³⁰⁴ HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§100] 187 [Destacado original].

El castigo es justo en tanto el delito sea injusto; su injusticia pende de su capacidad de afectar el equilibrio normativo universal; esta capacidad de afectación se sostiene sobre la presupuesta capacidad del sujeto de formular en su acción una pretensión de universalización –un derecho particular– incompatible con el instituido; esta facultad deriva de su capacidad de culpabilidad y la capacidad de culpabilidad de su condición de sujeto racional dotado de autonomía moral. En este rodeo se advierte cómo la lógica interna del modelo retribucionista demanda que el castigo opere bajo una dinámica que conlleva una suerte de *reconocimiento* del castigado:

Al considerar que la pena contiene su propio derecho, se *honra* al delincuente como un ser racional. No se le concederá este honor si el concepto y la medida de la pena no se tomaran del hecho mismo, si se lo considerará como un animal dañino que hay que hacer inofensivo, o si se toma como finalidad de la pena la intimidación o la corrección.³⁰⁵

De esta suerte, al derivarse desde la abstracción en que el modelo se plantea el modo de organización práctica del castigo que le que corresponde emerge un importante componente *expresivo* bajo la modalidad antes vista de “expresión de sentido”³⁰⁶: la pena retributivamente justificada adopta el estatus de un reproche moral por la incorrec-

³⁰⁵ *Ibid.*, p. [§100 Obs.] 188 [Destacado original]. En cambio, una justificación de la pena basada en la amenaza de la pena –como la de Feuerbach–, es decir, en la intimidación o, como la llamaremos, en la operación de inhibición comunicativa o disuasión [véase *infra*. §III.2.5.1], “no supone que el hombre es libre y quiere obligar por la representación de un perjuicio. El derecho y la libertad deben, sin embargo, tener su lugar en la libertad y la voluntad y no en la falta de libertad a la que se dirige la amenaza. *Con esta fundamentación de la pena se actúa como cuando se le muestra un palo a un perro, y el hombre, por su honor y su libertad, no debe ser tratado como un perro.*” (*Ibid.*, p. [§99 Agr.] 187 [Destacado agregado]).

³⁰⁶ Véase *supra*. §III.2.2.2. Por cierto, no es esta la única consecuencia que se sigue de articular la praxis punitiva según los principios retribucionistas. La organización de la pena de acuerdo a este modelo tiene también un efecto social de indudable relevancia en plano de los mecanismos de legitimación simbólico-discursivos de la institución, acertadamente advertido por Christie: en la medida en que “[e]l dolor, provocado con toda intención, es elevado a la categoría de respuesta legítima al delito” –fundándose en la responsabilidad moral individual (culpabilidad) del castigado– el pensamiento retribucionista (neoclásico, en su terminología) “[a]bsuelve al ejecutor individual de cualquier responsabilidad personal por infligir sufrimiento: el criminal es el que actuó primero, el que inició toda la cadena de sucesos; *el dolor que se sigue ha sido creado por él, no por aquellos que manejan los instrumentos que producen tal dolor.*” (CHRISTIE, N., *op. cit.*, pp. 62; 66 [Destacado agregado]).

ción de la acción delictiva culpable³⁰⁷. Y este reproche supone, en tanto exclusivamente fundado en la culpabilidad del actor, su reconocimiento como un otro miembro de la comunidad ético-política que el derecho instituye y que, merced a instrumentos como la pena, conserva. En palabras de Mañalich:

Reprochar algo a alguien supone adoptar una actitud reactiva frente a él, y todo (genuino) reproche se formula asumiendo la perspectiva de un participante en la comunicación. Esto implica que el autor del reproche reconoce al destinatario de éste como un participante de la comunicación. Así, la imposición y ejecución de la pena retributiva conlleva un auténtico reconocimiento de la persona del condenado. La paradoja del reproche expresado en la pena se encuentra en que el reproche constituye un reconocimiento cuyo sentido es la reprobación: reconocemos al autor, a través del reproche de culpabilidad, como un participante en la comunicación normativa. Que en esta desaprobación hay un reconocimiento se sigue necesariamente de la suposición de que el reproche debe ser merecido,

³⁰⁷ El nexa interno entre la retribución fundada en la culpabilidad y la dimensión expresiva de un reproche por el actuar incorrecto, es certeramente advertida por Schünemann: “sólo se encuentra una satisfactoria legitimación de la aplicación del mal que encierra la pena en el *principio de culpabilidad*, esto es, en el argumento de que lo injusto del hecho era previsible y evitable para el autor individual [...] Con la aplicación de la pena únicamente a hechos antijurídicos y reprochables (*vorwerfbaren*) se realiza, sin embargo, *eo ipso* el carácter de censura (*Tadel*)”. Se revela también así el vínculo conceptual entre estos modelos (retribución y expresión de sentido) y aquel que más adelante veremos bajo el nombre de “función pedagógica” [véase *infra*. §III.2.6.1.]: “El resultado comunicativo en este meta-nivel [el nivel metalingüístico en que tiene lugar el reproche] es entonces provocar consecuencias simbólicas como consecuencia de la condena y con ello efectos de *prevención general positiva*”. (SCHÜNEMANN, B. 1997. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. *En*: SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (Ed.). 1997. Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona. Bosch. pp. 94-5 [Destacado original]; 93 [Destacado agregado]). Así lo advierte también Welzel: “La *retribución justa* del hecho hace visible, ante todo, su disvalor, y afirma con ello el *juicio ético-social*”; para luego plantear otra conexión: “ella [la retribución justa] establece la armonía de merecimiento de pena y pena, y posibilita finalmente al autor tolerar la pena como *expiación justa* por su hecho injusto” (expiación en el sentido que veremos bajo la categoría de “pedagogía inmediatamente individual” [véase *infra*. §III.2.6.2] (WELZEL, H., *op. cit.*, p. 234 [Destacado agregado])). Por su parte, el efecto con que Schünemann asocia la retribución de culpabilidad expresiva de censura a la prevención general positiva es también un factor esencial en los modelos que asignan al castigo una función expiatoria y aquella que le atribuye el rol de estabilización sistémica [Véase *supra*. §III.2.3. e *infra*. §III.2.7.]. Retribución, educación, expresión, expiación, estabilización –y como más adelante veremos, inhibición–; merced al recurso a la dimensión simbólica que hemos postulado como un aspecto intrínseco al castigo, deriva la necesaria interconexión (que con este caso se ejemplifica) entre todos los modelos de justificación que tradicionalmente se proponen como explicaciones autónomas y exhaustivas del fenómeno punitivo.

que es el núcleo de la exigencia de culpabilidad. La pena puede entenderse, entonces, como un honor negativo.³⁰⁸

Según vimos –y veremos³⁰⁹–, Jakobs entiende el quebrantamiento de las normas constitutivo del delito como negación de las condiciones de lo común³¹⁰. Se advierte ahora que castigar a quien vulnera dichas condiciones presupone el reconocimiento de su membrecía: su poder de afectación de las normas que definen lo común pende de su pertenencia a la comunidad, su castigo por ese desconocimiento equivale al reconocimiento de ella. Como sostiene Mañalich:

...las normas cuya quebrantamiento imputable es jurídico-penalmente reprochable son normas que el ciudadano llamado a responder por ese quebrantamiento ha de poder ver como *suyas*. En este sentido, el ordenamiento de normas de comportamiento reforzadas punitivamente, que en una democracia ha de ser derecho legislado, admite entenderse como *derecho común*.³¹¹

El delito “frustra la expectativa de lealtad que los ciudadanos mantienen entre sí en tanto se dan normas comunes a cuyo cumplimiento se comprometen recíprocamente”³¹². La voluntad particular divergente con dichas expectativas universalizadas (formalizadas) en la normas, desautoriza al derecho sobre el que se instituye-articula la comunidad política. En última instancia es ésta la lesionada con el crimen, y ha de ser ésta la

³⁰⁸ MAÑALICH, J. P. 2010a., *op. cit.*, p. 87.

³⁰⁹ Véase *infra*. §III.2.7.

³¹⁰ JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, p. 21.

³¹¹ MAÑALICH, J. P. 2010a., *op. cit.*, p. 92 [Destacado original]. Este argumento sin duda difiere del aquí propuesto. La idea de que quien sufre el castigo ha de poder ver como *suyas* las reglas cuyo quebrantamiento avalan la imposición, sin duda ha de mantenerse como “ideal regulativo” que oriente la ordenación institucional del derecho. Empero, esta pretensión se encuentra con un obstáculo conceptual que frustra la posibilidad de trascender su condición de ideal regulativo para encontrar materialización práctica: la irreductible inconmensurabilidad entre el universal abstracto de la norma y el particular concreto del caso da lugar a un “vacío” que sólo se atraviesa merced a una violencia *prima facie* inconciliable con el ideal de autonomía implícito en el argumento de Mañalich. En el ámbito de un orden institucionalizado, entender el proceso de particularización aplicativa de sus normas como un acto de auto-imposición por parte de quien soporta las consecuencias de dicha aplicación, no puede operar sino como *ficción* (ideológica) que opaque la *violencia* consustancial a dicho proceso en el marco de un dispositivo coactivo de control social como la pena.

³¹² MAÑALICH, J. P. 2010a., *op. cit.*, pp. 92-3.

que a través de la pena suprime su negación positivamente existente en la voluntad del delincuente marginalizando el significado de su conducta y reafirmando a sí misma en su validez. En este proceso –encabezado por el tribunal: “una voluntad que, en cuanto voluntad *subjetiva* particular, quiere lo universal como tal”³¹³– de medirse, de volver a sí desde su negación, el derecho se determina como efectivamente real y válido³¹⁴. Paradójicamente el delito, “como actualización de la posibilidad del no-derecho, hace posible la autoafirmación del derecho”³¹⁵; su punición aparece entonces como realización de la validez jurídica³¹⁶.

La tercera dimensión –indisociable de la connotación retrospectiva y del reproche de culpabilidad inherentes a la concepción retributiva– que puede extraerse como derivación prácticamente relevante de este modelo, remite a la exigencia de que la determinación de la magnitud de la pena –a nivel normativo abstracto (legislativo) y aplicativo concreto (judicial)– se encuentre delimitada por la acción pasada –dato fáctico inamovible–, de modo tal que la entidad del castigo se encuentre en una relación de adecuación normativa con la magnitud del daño o mal asociados al delito, esto es, que sea *proporcional*³¹⁷. En Kant esto conduce a la llamada “ley del talión”:

Pero ¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia el otro. Por lo tanto, cualquier daño inmere-

³¹³ HEGEL, G. W. F. 1821. *op. cit.* p. [§103] 193 [Destacado original].

³¹⁴ *Ibid.*, p. [§82] 174.

³¹⁵ MAÑALICH, J. P. 2010a. *op. cit.* p. 91.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 90.

³¹⁷ “La significación de las teorías absolutas radica en que han indicado, con la justificación de la pena, también su principio de medida: la pena está justificada solamente dentro del margen de una retribución justa”, afirma Welzel (WELZEL, H., *op. cit.*, p. 236). Se sigue la distinción que, según vimos, ya explicitaba Hegel y que recuerda Jescheck: “la retribución nada tiene que ver con la venganza, con bajos sentimientos de odio o con caprichosas agresiones represivas de la sociedad, sino que en un *principio de medida* (*Maßprinzip*). Según el pensamiento retributivo el hecho cometido determina el motivo y la medida de la pena.” (JESCHECK, H.-H., *op. cit.*, p. [§8] 72 [Destacado original]).

cido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Sólo la *ley del talión* (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones.³¹⁸

Se suele considerar la propuesta de Kant como una exigencia de identidad material entre crimen y castigo, al tenor de la postulada en la Biblia:

...[el delincuente] pagará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe.³¹⁹

Empero, si en efecto considera el *ius talionis* “por su forma, como la única idea determinante *a priori*, como principio del derecho penal”³²⁰, el propio Kant se plantea una pregunta de importantes consecuencias: “¿qué hacer con los castigos por delitos que no permiten *réplica* alguna, porque o bien tales castigos son imposibles o incluso constituyen un crimen punible contra la humanidad en general, como por ejemplo, el de la violación, igual que el de la pederastia o la bestialidad?”³²¹ Para Kant estos delitos de extrema gravedad no pueden, en caso alguno, quedar impunes; mas, por su naturaleza, tampoco admiten tener por réplica retributiva una acción materialmente idéntica. Por tanto, su ley del talión como imperativo de equivalencia material debe necesariamente relativizarse para dar paso a la idea de una equivalencia de valor, esto es, a la noción de proporcionalidad propiamente tal como juicio de adecuación no fáctica sino normativa. Ya que, si bien es inconcebible que la justicia pública imponga castigos arbitrarios,

...el delincuente no puede quejarse de que se comete en él una injusticia cuando atrae sobre sí mismo su mala acción y *le sucede lo que*

³¹⁸ KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Obs. Gral. §E] 167 [Destacado original].

³¹⁹ Éxodo, 21: 23-5.

³²⁰ KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Ap. §5] 206.

³²¹ *Ibid.*, p. [Ap. §5] 206-7 [Destacado original].

*ha hecho a otros, no según su letra, pero sí según el espíritu general de la ley penal.*³²²

Admitir esta determinación del castigo “no según la letra” sino “según el espíritu de la ley”, nos parece descarta definitivamente la lectura del talión kantiano como una exigencia de compensación fenoméricamente simétrica al crimen, esto es, como réplica materialmente idéntica a la acción que por su intermedio resulta retribuida. Si al criminal se le castiga con “lo que ha hecho a otros” pero no según su “letra” sino de acuerdo a su “espíritu”, se desprende que *de hecho* no le sucederá lo que ha hecho a otros, sino aquello que se juzgue adecuado como respuesta al *sentido* normativo –lesivo del orden justo– emanado de lo que a otros ha hecho. Opera aquí el tránsito desde la identidad externa entre acción y reacción, hacia la exigencia de un vínculo interno que justifique normativamente su correlación.

Esta última es la posición expresamente asumida por Hegel, quien se permite ironizar: “es muy fácil presentar la compensación de la pena como un absurdo (como hurto por hurto, robo por robo, ojo por ojo, diente por diente, con lo que es posible imaginarse al delincuente tuerto y desdentado)”³²³. Para Hegel, como dijimos, la retribución penal del delito es según su concepto la lesión de una lesión al derecho. Empero, el delito también existe en el plano fáctico y tiene, por ende, una extensión cuantitativa y cualitativamente determinada que debe también recibir negación a través de la pena³²⁴. La medida de la respuesta punitiva idónea para suprimir la existencia externa del delito dependerá entonces de cierta identidad que “no es empero una *igualdad* en las características específicas de la lesión, sino en sus características existentes *en sí*, es decir, según su *valor*.”³²⁵ La justificación de la naturaleza (cualidad) y magnitud (cantidad) del castigo se define en términos de su capacidad de igualar al delito en su valor interno y no en su existencia externa. Si no desea verse en la pena “una unión *arbitraria* de un perjuicio

³²² *Ibid.*, p. [Ap. §5] 207 [Destacado agregado].

³²³ HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§101 Obs.] 190.

³²⁴ *Ibid.*, p. [§101] 189.

³²⁵ *Ibid.*, p. [§101] 189 [Destacado original].

con una acción no permitida”³²⁶, el entendimiento debe aproximarse a la igualdad de su valor, desentrañando “la conexión de necesidad por la cual el delito, en cuanto voluntad en sí nula, contiene en sí mismo su aniquilación, que aparece como pena”³²⁷. Sólo cuando la pena exprese esa identidad interna con el delito, podrá operar como manifestación de la nulidad ínsita a la voluntad criminal y el derecho, mediante la negación de su lesión, reafirmarse como válido.

El condicionamiento de la legitimidad del castigo a la posibilidad de establecer ese nexo de adecuación normativa entre el disvalor de la acción delictiva y el de la pena con que se lo retribuye, decanta en el denominado *principio de proporcionalidad*. Sólo una consideración retrospectiva de la entidad de la lesión causada por un crimen anclado en el pasado y la evaluación de la culpabilidad con que el agente lo ejecutó, ofrecerán el punto de referencia a partir del cual definir la forma que el castigo habrá de adoptar para operar como mecanismo de supresión simbólica de la lesión y, de esta suerte, como dispositivo de re-estabilización del orden por ella perturbado. El criterio que guía la concreta articulación del castigo como respuesta al crimen requiere la mediación de este principio merced al cual se establece la relación de adecuación normativa entre el sentido emanado de cada facticidad, sentido que –como hemos visto– no se desprende de la facticidad misma sino que surge de la operación de atribución intersubjetiva consagrada en la institución donde el castigo opera³²⁸.

³²⁶ *Ibid.*, p. [§101 Obs.] 191 [Destacado original].

³²⁷ *Ibid.*, p. [§101 Obs.] 189.

³²⁸ Esta adscripción intersubjetiva de sentido normativo que permite la operación que torna valorativamente commensurables crimen y castigo, está sujeta a la contingencia de las específicas circunstancias históricas que, en última instancia, son las que terminan recibiendo expresión en la correlación de adecuación normativa que en concreto se establece. Como señala Welzel, “La apreciación del merecimiento de la pena de un hecho, está sujeta a la corriente histórica, correspondiente a la transformación de los estilos de valor de las épocas y sin perjuicio de la identidad del principio mismo de la medida. Como se trata de medir *no magnitudes del ser*, sino *relaciones de valor*, el principio de medida puede darnos, también dentro de la misma época, solamente valores topos, por encima o por debajo de los cuales la pena resulta injustamente severa o injustamente benigna.” (WELZEL, H., *op. cit.*, p. 237 [Destacado agregado]). Aspecto ya advertido por Hegel, véase: HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, pp. [§96] 182-3; [§101] 189-92; [§214] 333-5.

* * *

Un factor de central incidencia de este modelo teórico sobre la configuración de la *praxis* punitiva radica en que desde su perspectiva la pena funciona y se justifica poniendo el foco de atención sobre el castigado individualmente considerado: sobre su acción, la responsabilidad por su acción y el castigo merecido de acuerdo a las características de su acción³²⁹. Estas dimensiones influyen directamente sobre el diseño institucional del castigo en tanto proveen el sustento teórico sobre el que se articularán los mentados principios de *culpabilidad* y *proporcionalidad*.

Incluso si esta centralidad del individuo castigado puede relativizarse entendiendo que se trata tan sólo de una fase al interior de una operación que trasciende al sujeto en su singularidad³³⁰, debe reconocerse que este énfasis apunta a un aspecto crucial tanto para determinar la función social de la pena, como para articular un modo de operar, además de efectivo, dotado de legitimidad.

³²⁹ Contrastando con la lógica del “chivo expiatorio” y aproximándose en este aspecto a la operación pedagógica directamente individual. [Véase *supra*. §III.2.3. e *infra*. §III.2.6.2.]

³³⁰ Y, re-aproximándose a la lógica del “chivo expiatorio” [Véase *supra*. §III.2.3.], en alguna medida también lo instrumentaliza.

2.5. Función inhibitoria

Bajo esta categoría insertamos los modelos que entienden que la mecánica de la pena consiste en incidir sobre la conducta de los destinatarios de las normas con objeto de que no externalicen su voluntad en acciones calificadas como delictivas, esto es, los que sostienen que su función es la *prevención* del crimen. Se postula un específico camino para lograr ese efecto: la pena afecta el comportamiento interponiendo un obstáculo que de algún modo evita que el sujeto incurra en la acción. Evitar el resultado lesivo – prevenir– se logra *inhibiendo* la conducta tipificada como lesiva. En la medida en que se orienta a excluir un curso de acción evitando su realización, esta versión de la función preventiva se suele calificar de *negativa*³³¹.

Si el modelo retributivo representado por Kant y Hegel concentraba la médula de las teorías retrospectivas y absolutas y se sostenía normativamente en su recurso a la noción de justicia; la justificación de la pena fundada en su capacidad de operar disuasivamente previniendo delitos futuros concentra el núcleo de las teorías *prospectivas* y *relativas* y se cimienta en torno a un sistema axiológico de tipo teleológico, por regla general, *utilitarista*. Entonces, si el exponente clásico del modelo anterior puede identificarse en Kant, la representación del utilitarismo cabría adjudicarse a Bentham y Mill. Para el primero, el “principio de utilidad”³³² tiene el siguiente sentido:

³³¹ Sobre la dicotomía negación/afirmación en torno al modo de operar de la pena, véase *infra*. §III.3.3.

³³² Este principio se articula sobre uno previo según el cual: “La naturaleza ha puesto al hombre bajo el imperio del *placer* y del *dolor*: á ellos debemos todas nuestras ideas: de ellos nos vienen todos nuestros juicios y todas las determinaciones de nuestra vida. El que pretende substraerse de esta sujeción no sabe lo que dice, y en el momento mismo en que se priva del mayor deleite y abraza las penas mas vivas, su objeto único es buscar el *placer* y evitar el *dolor*. [...] El *principio de utilidad* lo subordina todo á estos dos móviles.” (BENTHAM, J. 1802. Tratados de legislación civil y penal. Tomo I. Madrid. Nacional (1981). p. 28 [Destacado original]). En la misma línea, para Mill su teoría de la moralidad se funda en cierta “teoría de la *vida*”: “a saber, que el placer y la exención del sufrimiento son las únicas cosas desea-

Utilidad, es un término abstracto que expresa la propiedad ó la tendencia de una cosa á preservar de algun mal ó a procurar algun bien: *mal*, es pena, dolor, ó causa de dolor: *bien*, es placer, ó causa de placer. Lo conforme á la utilidad ó al interés de un individuo es lo que es propio para aumentar la suma total de su bien estar; lo conforme á la utilidad ó al interés de una comunidad, es lo que es propio para aumentar la suma total del bien estar de los individuos que la componen.³³³

En palabras de Mill:

El credo que acepta como fundamento de la moral la Utilidad, o el Principio de la mayor Felicidad, mantiene que las acciones son correctas (*right*) en la medida en que tienden a promover la felicidad, incorrectas (*wrong*) en cuanto tienden a producir lo contrario a la felicidad. Por felicidad se entiende el placer y la ausencia de dolor; por infelicidad el dolor y la falta de placer.³³⁴

En este contexto la justificación de la pena se torna *relativa*: su validez aparece condicionada a su capacidad operar como medio para la consecución de cierto fin; en este caso, definido por el mentado principio: “la mayor utilidad, ó por mejor decir, la *necesidad* es lo que justifica la pena”³³⁵, afirma Bentham. Beccaria se encarga de extender al ámbito penal el principio utilitarista de “la mayor felicidad dividida entre el mayor número”³³⁶; por tanto, también para él “[t]oda pena [...] que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica”^{337 338}.

bles como fines-; y que todas las cosas deseables [...] son deseables ya bien por el placer inherente a ellas mismas, o como medios para la promoción del placer y la evitación del dolor.” (MILL, J. S. 1863., *op. cit.*, p. 50). Así también para Beccaria, “el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles”. (BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 228).

³³³ BENTHAM, J. 1802., *op. cit.*, p. 28 [Destacado original].

³³⁴ MILL, J. S. 1863., *op. cit.*, pp. 49-50.

³³⁵ BENTHAM, J. 1811., *op. cit.*, p. 42 [Destacado original].

³³⁶ BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 213 [Destacado original suprimido].

³³⁷ BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 216. Esta exigencia de supeditar el castigo a su *necesidad*, y de entender ésta en términos de su instrumentalidad de cara a la satisfacción del *fin* que la justifica, será retomado con fuerza –como más adelante veremos– por Liszt.

³³⁸ En palabras de Naucke: “La filosofía política de la Ilustración, gracias a la obra *Dei delitti e delle pene* (1764), brillantemente aplicada al derecho penal, contempla la justificación y el efecto de la pena únicamente en sus consecuencias útiles para la persona. La pena está al servicio de la finalidad humana. Estas finalidades son mundanas, a la par que racionales en sus propósitos.” (NAUCKE, W. 1979.

La utilidad denota un estado de cosas fácticamente aprehensible: el aumento de la suma total del bienestar de los miembros de la comunidad es el efecto social que se persigue a través del dispositivo punitivo como instrumento³³⁹. La operación actual de la pena se justifica exclusivamente en virtud de su capacidad de materializar consecuencias que temporalmente cabe sólo situar en el futuro: su justificación se torna *prospectiva*. Ambos factores convergen al momento en que Bentham asigna como objetivo a la pena la *prevención* de delitos:

La prevención general que es el objeto principal de las penas, es también la razón que las justifica. No considerando el delito pasado, sino como un hecho aislado que no puede ocurrir de nuevo, la pena sería inútil porque sólo serviría para añadir un mal á otro; pero cuando se considera que un delito no castigado abriría la puerta no sólo al delincuente, sino á todos los que tuviesen los mismos motivos y ocasiones para cometerle, se conoce que la pena aplicada á un individuo sirve de salvaguardia universal. La pena que como vil en sí misma repugna á todos los sentimientos generosos, se eleva á la primera clase de los servicios públicos cuando se mira no como un acto de ira ó de venganza, contra un criminal ó un desgraciado que cede á inclinaciones funestas, sino como un sacrificio indispensable para la seguridad general.³⁴⁰

Desde esta perspectiva, la pretensión de fundar la pena retrospectivamente sobre un evento circunscrito al pasado, en sí mismo irreversible e irrepetible, carece de sentido: supone –como hemos visto– la irracional adición de males, la repetición desplazada en la pena de la violencia acaecida en forma de delito. Como advierte Beccaria, “[u]n daño hecho, y que no tiene remedio” sólo admite ser castigado por la sociedad política “cuando influye sobre los otros ciudadanos con la lisonja de la impunidad”³⁴¹. Como

Prevención general y derechos fundamentales de la persona. En: NAUCKE, W.; HASSEMER, W. y LÜDERSSEN, K. 1979. Principales problemas de la prevención general. Montevideo/Buenos Aires. B de F (2004). p. 19).

³³⁹ Tal como en Beccaria (BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 213) y Bentham (BENTHAM, J. 1802., *op. cit.*, p. 28), para Mill el criterio utilitarista “no lo constituye la mayor felicidad del *propio agente*, sino la *mayor cantidad total de felicidad*.” (MILL, J. S. 1863., *op. cit.*, p. 57 [Destacado agregado]).

³⁴⁰ BENTHAM, J. 1811., *op. cit.*, p. 46.

³⁴¹ BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 247 [Destacado agregado]. Del mismo modo que Bentham, Beccaria propone que el fin de la pena “no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y

dijimos, son esta clase de efectos sociales futuros los que, en calidad de fines, justifican la operación presente del dispositivo punitivo en tanto medio³⁴². Es un lugar común remitir en este punto a Grocio:

Es célebre el dicho de Platón, que traduce así Séneca: Ningún prudente castiga porque hay pecado, sino para que no haya pecado. Pues no puede revocarse el pasado, pero son evitadas las cosas futuras. El mismo, en otro lugar: No castigaremos al hombre porque pecó, sino para que no peque, ni la pena se refiere alguna vez al pasado, sino a lo futuro; pues no se aira, sino que precave.³⁴³

La irracionalidad que *prima facie* exhibe la pena, la violencia que –en palabras de Bentham– “repugna á todos los sentimientos generosos” y la hace “vil en si misma”, se neutraliza en virtud de su re-significación como medio instrumental a un *telos* legítimo: su eficacia disuasiva evita la lesión del derecho y con ello maximiza el bienestar global de la comunidad sobre la que impera³⁴⁴.

Esta función inhibitoria puede operar de dos modos: disuadiendo comunicativamente o inocuizando fácticamente. A continuación revisaremos someramente ambas vertientes.

retraer a los demás de la comisión de otros iguales”. (*Ibid.*, p. 238). Como sostiene más adelante, “Es mejor evitar los delitos que castigarlos”; conclusión a la que arriba merced a un razonamiento netamente utilitarista: “He aquí fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al punto de mayor felicidad o al de menor infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida”. (*Ibid.*, p. 314).

³⁴² “Siendo el derecho un sistema que se reproduce a través de sus propias operaciones, hay que decir que desde el punto de vista de tales operaciones todo lo que sucede solo sucede en el presente: el pasado y el futuro solo son relevantes, simultáneamente, como horizontes temporales de operaciones necesariamente actuales.” (MAÑALICH, J. P. 2010c., *op. cit.*, pp. 49-50).

³⁴³ GROCIO, H. 1625. *Del derecho de la guerra y de la paz*. Tomo III. Madrid. Reus (1925). p. 66 [Destacado original].

³⁴⁴ De acuerdo a Bentham, “La pena produce un *mal de primer orden* y un *bien de segundo*; porque impone un padecimiento á un individuo que le ha merecido voluntariamente; y por el contrario ella se convierte toda en bien en sus efectos secundarios porque intimida á los hombres peligrosos, tranquiliza á los inocentes y es la única salvaguardia de la sociedad.” (BENTHAM, J. 1811., *op. cit.*, p. 44 [Destacado original]). Dicho de otro modo, en su *efecto inmediato* (de primer orden) la pena se muestra como un *mal* que opera como *medio (violento)* para un *efecto mediato* (de segundo orden) que, en tanto *bien*, se posiciona como el *fin (no-violento)* que legitima y justifica funcionalmente al primero.

2.5.1. Inhibición comunicativa: disuasión³⁴⁵

La inhibición de la conducta delictiva puede obtenerse incidiendo comunicativamente sobre la subjetividad de los destinatarios de las normas para disuadirlos de seguir ese curso de acción; se evita su externalización interviniendo sobre el proceso motivacional (interno) que la precede y condiciona. Bajo la categoría de “inhibición comunicativa” se insertan las teorías que postulan la “prevención general negativa” como función de la pena. *Negativa* por la señalada razón de que apunta a lograr no la ejecución (activa) sino la omisión (pasiva) de una acción (la acción delictiva). Es *general* en la medida en que el objeto sobre el que pretende surtir efecto es el macro-sujeto “sociedad” o la totalidad de los individuos que la integran en tanto destinatarios actuales de las normas de conducta y potenciales del castigo asociado a su infracción (criminales en potencia). La inhibición comunicativa incluye también aquella forma de prevención denominada “especial” que actúa no sobre la generalidad abstracta de los destinatarios, sino sobre la concreta persona del castigado: pretende neutralizar el peligro que representa logrando que internalice razones o motivos que lo conduzcan a no replicar en el futuro conductas análogas a la que en lo inmediato avala la imposición del castigo. Se trata de una versión no-inocuidadora de la llamada “prevención especial negativa”.

³⁴⁵ Sobre la justificación de la pena de acuerdo al modelo que la asigna como función la “prevención general negativa”, véase: BECCARIA, C., *op. cit.*, pp. 215-6; 238; 247; 254; FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. 53; BENTHAM, J. 1811., *op. cit.*, pp. 45-7; LISZT, F. v., *op. cit.*, pp. 124-6; RÍO, J. R. d., *op. cit.*, pp. 81-103; BETTIOL, G., *op. cit.*, pp. 186-8; RAWLS, J. 1955., *op. cit.*, p. 213; MEZGER, E., *op. cit.*, pp. 370-3; WELZEL, H., *op. cit.*, pp. 238-9; ROXIN, C. 1966., *op. cit.*, pp. 17-9; ROXIN, C. 1994., *op. cit.*, pp. 89-91; RABOSI, E. A., *op. cit.*, pp. 10-1; MUÑOZ CONDE, F. 1975., *op. cit.*, pp. 71-2; MIR PUIG, S. 2003., *op. cit.*, pp. 53-5; JESCHECK, H.-H., *op. cit.*, pp. 72-4; 77-8; HASSEMER, W. 1984. Fundamentos del Derecho Penal. Barcelona. Bosch. pp. 380-8; HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 159-61; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., 1992., *op. cit.*, pp. 212-26; JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, pp. 26-9; ETCHEBERRY, A., *op. cit.*, p. 32; GARRIDO MONTT, M., *op. cit.*, pp. 74-5; BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H., *op. cit.*, pp. 47-9; LESCH, H. H., *op. cit.*, pp. 39-48; POLITOFF, S.; MATUS, J. P. y RAMÍREZ, C., *op. cit.*, pp. 59-60; ALCÁCER GUIRAO, R. 2004., *op. cit.*, pp. 135-52; CURY, E., *op. cit.*, pp. 71-3.

Si el campo de acción de los efectos de la pena abarca espacialmente a la generalidad de los miembros del colectivo –en calidad de potenciales delincuentes–; temporalmente, como dijimos, sus efectos se orientan hacia el futuro: el concreto castigo al que ha matado se justifica no *porque* de hecho (en el pasado) haya matado, sino *porque* (actualmente) su castigo se juzga idóneo *para* que otros (en el futuro) no maten. La pena no se impone *por* el crimen sino *con ocasión* del crimen³⁴⁶.

* * *

La justificación del castigo en virtud de su función de inhibición comunicativa o disuasoria encuentra representación paradigmática en Feuerbach. Éste parte de la premisa de que la misión de la autoridad pública es que no tenga lugar ninguna lesión jurídica³⁴⁷; el Estado, por ende, tiene el derecho y el deber de hallar las herramientas idóneas para impedirlo³⁴⁸. En este contexto se inserta la pena. Como en términos kantianos plantea, la “razón general de la necesidad y de la existencia de la misma –tanto en la ley como en su ejercicio– es la necesidad de preservar la libertad recíproca de todos”³⁴⁹ o, lo

³⁴⁶ Como señala Welzel, en contraposición con las teorías *absolutas*, en las teorías *relativas* “la pena es una medida tendiente a impedir el delito. El hecho punible es solamente el *presupuesto y no fundamento* de la pena (*punitur, non quia peccatum est, sed ne peccetur*.” (WELZEL, H., *op. cit.*, p. 237 [Destacado agregado]). En el mismo sentido: JESCHECK, H.-H., *op. cit.*, p. [§8] 73. A juicio de Beling, con esto la reacción estatal pierde el estatus de lo que en sentido estricto cabría entender por *pena*: “Pena es solamente aquel mal que se impone *por* una violación jurídica. Por eso no caen bajo el concepto de pena aquellos males que, si bien se toman *con motivo* de una antijuridicidad, se proponen el fin de orientar en el futuro al autor [o a terceros] en el sentido de una conducta conforme al derecho...” (BELING, E. v., *op. cit.*, p. 26 [Destacado original]).

³⁴⁷ FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§9] 51.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. [§9] 51. Y como acto seguido señala, “[l]as instituciones que requiere el Estado deben ineludiblemente ser *instituciones coactivas*...” (*Ibid.*, p. [§10] 51 [Destacado agregado]).

³⁴⁹ *Ibid.*, pp. [§15] 52-3.

que es la mismo, la necesidad de conjurar toda amenaza hacia la “situación jurídica”³⁵⁰ que hace de esa coexistencia de libertades algo posible³⁵¹.

Ahora, que el objetivo final (efecto mediato) sea la conservación de la “situación jurídica” (de los derechos y libertades que institucionalmente el orden consagra), nada dice sobre el específico modo en que ha de protegerse. Si el orden se mantiene a través de normas que prescriben como obligatorias las conductas funcionales a su conservación, ese objetivo bien podría alcanzarse directamente maximizando la eficacia de su fuerza vinculante, es decir, fomentando la obediencia. ¿Cómo? Formando y fortaleciendo en sus destinatarios los motivos idóneos para la externalización de acciones acordes a las prescritas. La modalidad de intervención sería entonces *positiva*: se pretende incentivar la realización (activa) de determinado actuar³⁵². Empero aquí, como dijimos, la mecánica preventiva opera a la inversa, de modo *negativo*: desincentivando ciertos cursos de acción. En lo inmediato, la pena favorece la formación de una razón para la no acción; busca excluir de entre las alternativas que se le presentan a sus destinatarios en el razonamiento práctico que es antesala y fundamento de la decisión que precede a la acción, un conjunto de actos posibles: aquellos calificados de ilegítimos e institucionalmente definidos como “delitos”.

Por lo tanto, el modelo inhibitorio adopta como punto de partida la tesis de la estructural e irreductible ineficacia motivacional de las normas de conducta: se asume que la prescripción de un actuar positivo (formulado a través de una regla) será necesariamente insuficiente para lograr la materialización fáctica (efectiva) del curso de acción prescrito. Ante la incapacidad de la norma de incidir eficazmente sobre el potencial voli-

³⁵⁰ *Ibid.*, p. [§103] 98.

³⁵¹ En el marco de un sistema de raigambre kantiana como el de Feuerbach, esto equivale también a afirmar que “la *conservación de los derechos* es el objetivo general de las leyes penales” (*Ibid.*, p. [§23] 56 [Destacado agregado]). Como resume Günther: “Feuerbach definió el delito como una vulneración de derechos iguales de libertad, que se garantizan por un contrato estatal y se aseguran a través de leyes penales. Objeto del delito son, pues, ‘derechos subjetivos’ de ciudadanos individuales del Estado.” (GÜNTHER, K. 2000., *op. cit.*, p. 489).

³⁵² Véase *infra*. §III.2.6.

tivo de modo positivo, y ante la necesidad de conservar (idealmente) intacto el orden jurídico reflejado en sus normas; se torna necesaria una intervención de naturaleza negativa: que no busque la (positiva) materialización de una acción (legítima), sino la (negativa) no-materialización de otras (ilegítimas).

Una alternativa para garantizar la intangibilidad del orden es evitar la realización de acciones lesivas en el plano netamente fáctico: impidiendo físicamente que se materialicen³⁵³. Empero, la imposibilidad de anticiparse a todo acto delictivo frustra esta estrategia y la pura coacción fáctica resulta ineficaz para evitar la lesión del derecho³⁵⁴. Se torna necesaria otra modalidad de coacción que para Feuerbach ha de ser *psicológica*³⁵⁵: el fin esencial de la ley penal, impedir las lesiones jurídicas, habrá de alcanzarse “mediante injerencia en el potencial volitivo”³⁵⁶.

Para incidir sobre el criminal configurando su “potencial volitivo” de modo tal de inhibir la externalización del actuar delictivo debe, en primer lugar, comprenderse la naturaleza del proceso psíquico merced al cual se gesta la voluntad criminal. Sólo desentrañando las causas del delito en la subjetividad del delincuente podrán diseñarse dispositivos idóneos para intervenir sobre dicho proceso con objeto de bloquear su despliegue hacia el exterior en forma de perjuicio antijurídico. Esta explicación (causal) la encuentra Feuerbach en la *sensualidad*:

Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. *Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho.*³⁵⁷

³⁵³ Véase *infra*. §III.2.5.2.

³⁵⁴ FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§11] 51.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. [§12] 52.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. [§84] 85.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. [§13] 52 [Destacado agregado].

Si el crimen admite reconducirse a ese origen³⁵⁸, los mecanismos diseñados para evitar su materialización deberán apuntar a la “cancelación del impulso sensual dirigido a lesiones jurídicas”³⁵⁹. Antes de Feuerbach, esta explicación de la pena como contra-motivo sensible había sido expuesta por Beccaria en los siguientes términos:

Para evitar estas usurpaciones [propias de la violencia característica del estado de naturaleza] se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiere sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes. Llámolos *motivos sensibles*, porque la experiencia ha demostrado que la multitud no adopta principios estables de conducta, ni se aleja de aquella innata general disolución, que en el universo físico y moral se observa, sino con motivos que inmediatamente hieran en los sentidos, y que de continuo se presenten en el entendimiento, para contrabalancear las fuertes impresiones de los ímpetus parciales que se oponen al bien universal; no habiendo tampoco bastado la elocuencia, las declamaciones, y las verdades más sublimes³⁶⁰ para sujetar por mucho tiempo las pasiones excitadas con los sensibles incentivos de los objetos presentes.³⁶¹

Se da en Feuerbach una curiosa convergencia. Por un lado, postula una fundamentación del estado de derecho que remite a Kant: el orden social instituido se justifica por su capacidad de salvaguardar los derechos subjetivos de sus miembros con la finalidad de garantizar la coexistencia pacífica de las libertades individuales que esos derechos consagran. Pero, por otro lado, expresamente admite dispositivos como el castigo que, orientados a la conservación de un orden así justificado, exhiben un modo de operación tendencialmente contrario al sustrato normativo (kantiano) que legitima la institución en que se inscriben, y se aproxima, en cambio, al de un sistema ético como el utili-

³⁵⁸ En esto, como de inmediato veremos, Feuerbach se aproxima también a Beccaria: “Todo acto de nuestra voluntad es siempre proporcionado a la fuerza de la impresión sensible, que es su manantial...” (BECCARIA, C., *op. cit.*, pp. 249-50).

³⁵⁹ FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, pp. [§15] 52-3 [Destacado agregado]

³⁶⁰ En esta insuficiencia de “la elocuencia, las declamaciones, y las verdades más sublimes” recibe expresión lo que antes llamamos “la estructural e irreductible ineficacia motivacional de las normas primarias de conducta”.

³⁶¹ BECCARIA, C., *op. cit.*, pp. 215-6 [Destacado original].

tarismo de Bentham. De esta suerte, cuando Feuerbach propone la incidencia punitivamente mediada sobre el potencial volitivo de los ciudadanos, entra en pugna con el ideal kantiano de un sujeto moralmente autónomo que define su obrar prescindiendo (y resistiendo) la fuerza determinista emanada de las “inclinaciones” naturales ligadas a los sentidos. En cambio, se muestra plenamente de acuerdo con Bentham cuando éste describe el principio general que sustentaría la operación de un castigo diseñado con fines disuasivos:

En la voluntad solo se puede influir por algun *motivo*, y quien dice *motivo* dice *pena* ó *placer*. Un ente á quien no pudiéramos causar ni pena ni placer, sería perfectamente independiente de nosotros.³⁶²

El derecho penal cumple su función en tanto comunicativamente imprime en la conciencia de sus destinatarios la representación de un mal sensible (pena) que se anticipa sufrirán en caso de vulnerar sus normas. Si, en palabras de Beccaria, “aquella fuerza semejante a la gravedad que nos impulsa a nuestro bienestar, no se detiene sino a medida de los estorbos que le son opuestos”³⁶³, se sigue que la virtualidad inhibitoria de la pena pende de su capacidad de generar a ese nivel subjetivo una impresión sensible que supere en magnitud al placer que por hipótesis se obtendría de adoptar el curso de acción delictivo³⁶⁴:

Para que una pena obtenga su efecto basta que el mal de ella exceda al bien que nace del delito; y en este exceso de mal debe ser calculada

³⁶² BENTHAM, J. 1802., *op. cit.*, p. 49 [Destacado original].

³⁶³ BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 225.

³⁶⁴ De la naturaleza estrictamente sensible del impulso que conduce al crimen, se sigue para Beccaria la ineficacia de motivos de otro orden para neutralizar su fuerza y, con ello, inhibir el delito. Así, por ejemplo, “[l]os motivos que la religión contrapone al tumulto del temor y deseo de la vida son en su mayoría muy flacos, porque están muy remotos en los sentidos.” (BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 256). De ahí que en este estadio evolutivo de los modelos inhibitorios de justificación funcional del castigo, el placer y el dolor como fuerzas determinadoras de la voluntad humana operen sin la mediación del intelecto, sino apelando directamente a los sentidos. Luego, sobre todo a partir de Bentham, como veremos, el placer/dolor recibirá expresión en la disyunción beneficio/costo, operando como ingredientes en un cálculo racional de tipo estratégico-económico.

la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico.³⁶⁵

La pena como tal, concreta imposición de un mal, queda subordinada a esta fase previa desplegada en el plano comunicativo en forma de anticipación representacional de un sufrimiento dotado de la suficiente intensidad para anular el impulso que conduce al crimen. El instante que concentra el potencial inhibitorio sobre el que reposa la justificación de la pena encuentra lugar en la *amenaza* o *conminación*: “[t]oda pena tiene como objetivo principal y necesario el de *apartar a todos del crimen mediante su amenaza*”³⁶⁶, afirma Feuerbach.

Por lo tanto, en términos generales, la efectividad disuasiva de la ejecución de la pena depende de su capacidad comunicativa³⁶⁷. El contenido que expresa ha de permitir que la secuencia cronológica externamente observable constituida por la comisión de un acto (calificado de delito) y el posterior sometimiento forzado a quien lo protagoniza a otro acto (calificado de pena), adquiera un significado a nivel discursivo en que (a) el primero sea socialmente comprendido como delito y el segundo como pena; y (b) se elabore una conexión simbólica en que el primero aparezca como causa y el segundo como consecuencia³⁶⁸. La pura ejecución fáctica del castigo carece en sí, en tanto “hecho bruto”, de toda eficacia disuasiva: ésta exige que los destinatarios del mensaje aprehendan una dimensión de sentido merced a la cual se articule el señalado nexo interno que

³⁶⁵ BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 272.

³⁶⁶ FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§133] 108 [Destacado agregado].

³⁶⁷ Operación que revela su nexo con la función expresiva. Véase *supra*. §III.2.2.

³⁶⁸ Como afirma Beccaria a propósito de la utilidad de la “prontitud de la pena”: “cuanto es menor la distancia del tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de estas dos ideas: *delito* y *pena*; de tal modo, que se consideren el uno como causa, y la otra como efecto consiguiente y necesario. Está demostrado que la unión de las ideas es el cimiento sobre que se forma toda la fábrica del entendimiento humano, sin la cual el placer y el dolor serían impulsos limitados y sin ningún efecto.” (BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 258 [Destacado original]).

permita comprender el delito como algo –prudencial o axiológicamente– indebido, y el castigo como expresión institucional de su merecido reproche³⁶⁹.

Para explicar el modo en que se genera la asociación simbólica delito-pena en la psiquis de los miembros de la colectividad a los que se dirige su mensaje, es que en las primeras formulaciones de este modelo se desarrolló la concepción recién descrita del castigo como dispositivo generador de contra-motivos sensibles. Feuerbach alude expresamente a la necesidad de establecer este encadenamiento como condición para la eficacia disuasiva de la amenaza penal (y de la pena):

Para fundar la convicción general acerca de la vinculación necesaria entre esos males e injurias, será menester: I) Que una ley la establezca como necesaria consecuencia del hecho (conminación legal). Para que la imaginación de todos se asiente en la realidad, esta conexión ideal de la conminación legal deberá, también, II) Mostrarse esa relación en la realidad, a cuyo efecto, apenas la contravención haya tenido lugar, deberá ser infligido el mal que a ella se conecta (ejecución). La coacción psicológica se configura, pues, mediante la efectividad armónica de los poderes legislativo y ejecutivo en el común objeto intimidatorio.³⁷⁰

Por lo tanto, si la finalidad del derecho penal es evitar lesiones jurídicas, la pena como medio cumple su función en tanto sirve de mecanismo de *intimidación*. Esta intimidación –dirigida a la generalidad de la población como posibles protagonistas de delitos– se alcanza directamente a través de la conminación legal. El objetivo de la *aplicación* de la pena es, como dijimos, secundario: su materialización sólo tiene sentido en tanto resulte funcional a la maximización de la eficacia inhibitoria de la amenaza que la anuncia³⁷¹. Como señala Feuerbach, la pena se impone “[p]ara que la imaginación de

³⁶⁹ Por tanto, en rigor no se trata de momentos sucesivos sino de dos caras de un mismo efecto: los conceptos de delito y pena se definen recíprocamente, por ende, la conexión simbólica está por necesidad implícita ya en su definición institucional.

³⁷⁰ FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§14] 52.

³⁷¹ “Puesto que la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que objetivo mediato (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley.” (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§16] 53). En el mismo sentido, Bentham: “La prevención general es efecto de la denuncia de la pena y de su aplicación, la que según la expresión

todos se asiente en la realidad”³⁷²; su función es “dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que *sin la aplicación la conminación quedaría hueca (sería ineficaz)*”³⁷³. La ejecución fáctica de la pena confirma la seriedad de la amenaza³⁷⁴: refuerza desde el plano fáctico la eficacia comunicativa de la prescripción que prohíbe la acción cuya realización justifica la violencia del castigo como respuesta. Se advierte nuevamente la primacía lógica de la dimensión simbólica; la necesidad de imprimir sobre su facticidad un específico sentido para que entonces *opere* como castigo³⁷⁵.

Esto lo advierte claramente Bentham. En la terminología propia de un sistema fundado sobre un concepto de racionalidad económico-estratégica, entiende que la pena en sí misma constituye un “costo” o “gasto” que se compensa con el “beneficio” o “provecho” que reporta su efecto preventivo. En esta operación, declara, “todo debe ser cálculo de ganancia y pérdida”³⁷⁶. A su juicio, para esto se requiere una distinción:

*Hay en las penas valor aparente y real. Este es el mal completo de la pena, que se sufriría siendo impuesta. Valor aparente es el mal probable que se presentaría á la imaginacion del comun de los hombres, por la simple descripcion de la pena, ó por la vista de su ejecucion.*³⁷⁷

Si la “pena real”, su efectiva ejecución, constituye un costo; la “pena aparente”, el castigo comunicativamente anunciado en la conminación, permite obtener el efecto disuasivo evitando el gasto: “la pena real es la *pérdida*, y la aparente el *provecho*”³⁷⁸. No obstante, pese a ser un costo, parece no poder prescindirse de la pena real:

comun y justa, sirve de *ejemplo*; porque la pena padecida por el delincuente ofrece á los demas un ejemplo de lo que sufririan si cometiesen el mismo delito.” (BENTHAM, J. 1811., *op. cit.*, p. 46).

³⁷² FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§14] 52.

³⁷³ *Ibid.*, p. [§16] 53 [Destacado agregado].

³⁷⁴ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, R. 2004., *op. cit.*, p. 135. Como señala Schünemann, la imposición de la pena “resulta ineludible para un Estado que no quiere quedar respecto al delito como un embustero”. (SCHÜNEMANN, B., *op. cit.*, p. 98).

³⁷⁵ Sobre la prioridad lógica de la norma (dimensión simbólica) respecto a la pena (dimensión fáctica), cfr. SCHÜNEMANN, B., *op. cit.*, p. 99.

³⁷⁶ BENTHAM, J. 1811., *op. cit.*, p. 18.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 19 [Destacado original].

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 19 [Destacado original].

¿Son necesarias las penas reales? Si; ¿pero por qué? Principalmente para el escarmiento; porque la *realidad* de la pena es necesaria para producir la *apariencia*, que es el objeto esencial. *Todo el mal que no aparece es inútil*; es preciso pues que el mal real sea tan pequeño, y el aparente tan grande como es posible. Si ahorcar á un hombre en efigie pudiese producir la misma impresión de terror, sería locura ó crueldad ahorcarle en *persona*.³⁷⁹

La justificación de la facticidad (violencia) del castigo se encuentra condicionada a su funcionalidad respecto a una operación que se despliega en el plano comunicativo, a saber, a su capacidad de maximizar la eficacia motivacional de la norma que la contempla en su conminación. Para Bentham es la dimensión *aparente* (*simbólica*) la que justifica la dimensión *real* (*material*), y permite lo que hemos llamado su transmutación funcionalmente mediada en no-violencia (castigo): “las penas jurídicas aplicadas á los delitos, aunque producen un mal de primer orden, no son miradas en la sociedad como un mal, porque producen un bien de segundo orden”³⁸⁰. El problema es que, tal como para Feuerbach “sin la aplicación la conminación quedaría hueca (sería ineficaz)”³⁸¹, para Bentham la ejecución de la pena, su *realidad*, es *necesaria* para producir la *apariencia* de la que en última instancia pende la eficacia inhibitoria de las normas. Sólo a través del *escarmiento* generado por la imposición material, la amenaza como *apariencia* –el mal discursivamente anunciado en la conminación penal como realidad futura condicional–, se hace *realidad*. “Todo el mal que no aparece es inútil”³⁸²; su materialización es, por ende, necesaria: condiciona la posibilidad de su eficacia disuasiva y justifica así indirectamente la pena.

* * *

³⁷⁹ *Ibid.*, pp. 19-20 [Destacado original].

³⁸⁰ BENTHAM, J. 1802., *op. cit.*, p. 70.

³⁸¹ FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§16] 53.

³⁸² BENTHAM, J. 1811., *op. cit.*, p. 19.

Históricamente superada la explicación del efecto inhibitorio de la pena de acuerdo a su poder de neutralización compensatoria de impulsos sensibles; la estructura base de su razonamiento subsiste en todas las propuestas que interpretan su operación según la lógica de un *determinismo sensorial*: (a) un estímulo externo susceptible de generarse y reproducirse artificialmente –como la pena– se dirige hacia el aparato sensorial de los destinatarios; para que (b) los datos sensorialmente aprehendidos sean internalizados incidiendo sobre la voluntad y/o intelecto y, por último, sobre la configuración motivacional que precede toda acción –entre ellas, la delictiva–.

Al hablar de “determinismo” queremos indicar que aquí el ingreso a la subjetividad del estímulo artificialmente producido, y su operación intra-psíquica destinada a producir el efecto inhibitorio, no pasan por la racionalidad del agente. Esto podría observarse, por ejemplo, en una explicación psicológica que, reformulando la misma idea, sostuviese que el estímulo de la pena “despierta” en el destinatario sentimientos no racionales de terror idóneos para inhibir el actuar ilícito³⁸³. Lo relevante es que aquí la subjetividad del agente es el terreno para la operación de una suerte de *compulsión* psíquica: para definir su conducta, el estímulo actúa sobre su psiquis alterando y reordenando su contenido, por así decirlo, “sin su consentimiento”. Este tratamiento objetivante³⁸⁴ (conductista, si se quiere) del destinatario de la conminación sobre la que se articula operacionalmente la inhibición comunicativa es explícitamente admitido por Feuerbach al proponer un modelo de *coacción* psicológica que, en su pretensión de manipular el potencial volitivo del agente amenazado-coaccionado, se distancia del modelo kantiano de una subjetividad libre que racionalmente auto-determina su actuar en consonancia

³⁸³ De ahí que esta aproximación exhiba un nexo con la concepción del castigo “primitivo” como mecanismo no-racional de satisfacción de “instintos de venganza”. Véase *supra*. §III.2.2.1.

³⁸⁴ En el sentido en que Strawson contrapone a la “actitud participativa” una “actitud objetiva”, según la cual tenemos “vínculos directos con seres humanos sin que exista grado alguno de compromiso personal, tratándoles como criaturas que pueden ser manejadas según nuestros propios intereses, los de nuestra facción o los de la sociedad –e incluso los suyos propios–.” (STRAWSON, P. F., *op. cit.*, p. 50).

con los imperativos de la moral³⁸⁵ para operar directa y heterónomamente sobre la facticidad de sus sentidos:

¿Cómo tiene, pues, que tratar la coerción penal al hombre? Pues como un ser de la naturaleza que no se determina a sí mismo, sino mediante un mecanismo de la naturaleza. [...] *El objeto de la coerción penal no es la libertad, sino aquello que tiene el hombre de naturaleza; el hombre al que se dirige la coerción penal no es el hombre libre, sino el determinado, el sometido a la naturaleza.*³⁸⁶

Lo anterior es también asumido por Beccaria cuando circunscribe el campo de operación de la mecánica disuasiva al plano sensorial donde la razón propiamente tal carece de mayor participación. Esto es evidente desde el momento en que la impresión sensible que en lo inmediato genera la pena para determinar motivacionalmente el actuar social conforme a derecho, es homologada al *terror*: “¿Cuál es el fin político de las penas?”, se pregunta; “El terror de los otros hombres”³⁸⁷, responde. Así, el fin que justifica la imposición de una pena no es sino “separar *con el terror* a los otros hombres de semejante delito”³⁸⁸. La disuasión no aparece mediada por la pretensión de introducir en su destinatario la convicción racional de la incorrección o inconveniencia de su acción, sino que apela directamente a un móvil irracional, el terror, para influir mecánicamente sobre su voluntad y, de este modo, direccionar coactivamente su obrar.

³⁸⁵ Como señala Hassemer, “[l]a filosofía política de la Ilustración consideraba [...] al ciudadano como un ser racional que no necesitaba el palo, sino el conocimiento”. Y, si bien la propuesta de prevención general negativa representada por Feuerbach “surgió del patrimonio de la Ilustración”, con ella “[l]a teoría de la pena, más cerca del mundo irracional que la filosofía, ha abandonado la dimensión antropológica y normativa que todavía caracterizaba la teoría penal de Kant...” (HASSEMER, W. 1984., *op. cit.*, pp. 388; 396; 388). En cambio, en un escrito previo (1797) titulado *Anti-Hobbes*, Feuerbach plantea en la materia una objeción que inequívocamente lo liga a Kant: “¿Cómo puede existir un derecho de imponer a un hombre un mal simplemente porque el dolor que se le causa es provechoso para el Estado? Esto significa tratar al hombre como una cosa, y también el delincuente es hombre.” (FEUERBACH, A. v. 1797. p. 49, citado en: LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 41). De esta posición es, por ejemplo, Alcácer Guirao, para quien la teoría de Feuerbach responde a “la concepción ilustrada y liberal del hombre como ser racional y del Estado como instrumento al servicio del individuos” (ALCÁCER GUIRAO, R. 2004., *op. cit.*, p. 136). En la misma línea: SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1992., *op. cit.*, pp. 196-7.

³⁸⁶ FEUERBACH, A. v. 1800. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. II, p. 132, citado en: LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 43 [Destacado agregado].

³⁸⁷ BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 247.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 254 [Destacado agregado].

Se sigue que la frontera entre inhibición comunicativa e inhibición fáctica es fluida. En este caso, la operación a nivel comunicativo no tiene como finalidad generar ningún tipo de “diálogo racional”³⁸⁹ entre la “voluntad” del ordenamiento –expresada en sus normas– y la del destinatario. Antes bien, apunta a manipular *de facto* la de éste último en beneficio del primero. El sujeto es “administrado” como objeto³⁹⁰. En sentido estricto, por consiguiente, esta vertiente podría considerarse una modalidad de inhibición inocuidadora³⁹¹. Sin embargo, consignado esto, creemos que el medio a través del cual el castigo opera –a través de la comunicación, en el plano del discurso– justifica mantenerla en esta sección³⁹².

* * *

La situación varía cuando este control inhibitorio no opera sobre el sujeto en su facticidad –a nivel instintivo-sensorial o de su inconsciente– sino comunicándole un mensaje que pretende incidir sobre la esfera “racional” de su subjetividad. Desemboca-

³⁸⁹ Por el contrario, para Silva Sánchez con el sólo hecho de ponerse el acento en el momento de la conminación abstracta “se subraya un factor decididamente liberal”: “El núcleo de los fines del Derecho penal pasa a ubicarse en el momento en que tiene lugar *el diálogo racional entre la norma y sus destinatarios*, relegando a un segundo plano los momentos, de signo más claramente aflitivo, de la imposición de la pena.” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1992., *op. cit.*, pp. 196-7 [Destacado agregado]). Así, al momento de analizar la teoría de la *coacción* psicológica de Feuerbach la asocia al “modelo antropológico racionalista (utilitarista)” y señala –a nuestro juicio, erróneamente– que la operación de la norma penal tiene lugar “en el plano ‘consciente’ del individuo, mediante un *diálogo en el que se apela a la razón utilitaria del mismo...*” (*Ibid.*, pp. 212-3 [Destacado agregado]).

³⁹⁰ De esta suerte, una modalidad de inhibición comunicativa que opera merced a la coacción emanada de la imposición de un estímulo irracional como el terror, se encuentra sujeta a objeciones de índole moral. Como advierte Mezger: “La palabra y el concepto de intimidación no suscitan sensaciones agradables. La pena es [...] la imposición querida de un mal. Esta imposición debe realizarse a fin de divulgar en la colectividad el ‘terror’ y el miedo frente a los hechos punibles. Esta actividad se opone a un sentimiento más sutil.” (MEZGER, E. *op. cit.* p. 372).

³⁹¹ Véase *infra*. §III.2.5.2.

³⁹² Este tipo de ambigüedades clasificatorias no debe considerarse una falencia o anomalía. A diferencia de las nociones tradicionales, desde nuestro punto de vista no existen entre estos núcleos de acción del castigo fronteras herméticas sino un entrelazamiento en forma de red que *de facto* permite su operación coetánea. Esta aparente confusión es, antes bien, expresión de nuestra posición en la materia.

mos entonces en una explicación de la mecánica del castigo que ha gozado de indiscutido protagonismo histórico. Como en alusión a este modelo señala Naucke: se asume que “[e]l derecho penal de la prevención es *el moderno derecho penal racional*”³⁹³. Su trascendencia se debe a su inserción en una tradición de larga data en el pensamiento occidental en cuyo interior se postula una concepción antropológica que hunde sus raíces en el pensamiento ilustrado para extender su influencia hasta posiciones estrictamente economicistas como las actuales teorizaciones de cuño neoliberal³⁹⁴. Rasgo medular de esta antropología occidental es su moderno concepto de *racionalidad* que en el plano práctico adopta la forma de “racionalidad estratégica”³⁹⁵. Desde esta óptica el cálculo costo/beneficio constituye un factor inextirpable de todo razonamiento práctico; esto es, de toda decisión y acción que merezca llamarse “racional”.

Si bien esta modalidad de operación inhibitoria puede distinguirse de la recién revisada, su origen puede no obstante hallarse en los mismos Feuerbach, Beccaria y, particularmente, en Bentham³⁹⁶.

³⁹³ NAUCKE, W., *op. cit.*, p. 15 [Destacado agregado].

³⁹⁴ Cfr. ZYSMAN QUIRÓS, D. 2004. El castigo penal en EE.UU. Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente”. *En*: RIVERA BEIRAS, I. (Coord.). 2004. Mitologías y discursos sobre el castigo. Historias del presente y posibles escenarios. Barcelona. Anthropos. pp. 259-67; BRANDARIZ GARCÍA, J. Á. y IGLESIAS SKULJ, A. 2012. Neoliberalismo y política penal. Aproximación al trabajo de Bernard E. Harcourt. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad 2 (2012): 17-30.

³⁹⁵ Para Habermas en una *acción estratégica* estamos ante “a lo menos dos sujetos que actúan con vista a la obtención de un fin, y que realizan sus propósitos orientándose por, e influyendo sobre, las decisiones de los otros actores. [...] El resultado de la acción depende también de otros actores, *cada uno de los cuales se orienta a la consecución de su propio éxito, y sólo se comporta cooperativamente en la medida en que ello encaja en su cálculo egocéntrico de utilidades.*” (HABERMAS, J. 1987b. Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social. 4ª ed. Madrid. Taurus (1999). pp. 126-7 [Destacado agregado]). Este concepto remite al de Weber de una “acción social racional con arreglo a fines” (WEBER, M., *op. cit.*, p. 21).

³⁹⁶ Como señala Zysman, “[t]ras las huellas de autores como Beccaria o Bentham, pero también bajo las enseñanzas de F. A. Hayek y de Milton Friedman, esta corriente [el ‘Análisis Económico del Derecho’ o *Law & Economics*] propone analizar la conducta delictiva y el castigo penal con las herramientas de la economía neoliberal como lo haría con cualquier otra conducta humana.” (ZYSMAN QUIRÓS, D., *op. cit.*, p. 260). (Para la relación entre la política criminal contemporánea y el neoliberalismo, véase: BRANDARIZ GARCÍA, J. Á. y IGLESIAS SKULJ, A. *op. cit.*). Así, de acuerdo a Posner el origen del análisis económico del derecho penal conduce a los trabajos de Beccaria y Bentham (POSNER, R. A. 1985. An economic theory of the criminal law. *Columbia Law Review* 85(6) (1985): 1193). En el mismo

Según vimos, estos autores identifican la fuente de la voluntad delictiva en los impulsos sensibles. No obstante, y en aparente tensión que dicho determinismo, Beccaria ofrece también una explicación basada en la adscripción al agente de esta modalidad de racionalidad económica: “los hombres –señala– no se arriesgan sino a proporción de la utilidad que el éxito feliz de la empresa les puede producir”³⁹⁷. Sin embargo, no es Beccaria sino Bentham quien, sobre la premisa de la racionalidad estratégica del agente objeto de la inhibición, consolida el tránsito hacia este modelo:

Todo individuo se gobierna aun sin saberlo, por un cálculo bien ó mal hecho de penas ó de placeres. ¿Juzga con anticipacion que la pena será la consecuencia de una accion que le gusta? Esta idea tiene sobre él

sentido, Silva Sánchez señala que “autores como *Bentham*, *Beccaria*, o *Feuerbach* han sostenido sus conocidas tesis sobre la base de argumentos de muy preciso contenido económico.” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1996. Eficiencia y Derecho Penal. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales 49(1) (1996): 94 [Destacado original]). Si bien para efectos de nuestro argumento no es un problema decisivo, cabe consignar que la inclusión de Feuerbach resulta menos evidente que la de los demás autores. En su caso el fuerte componente determinista de un mecanismo de incidencia sobre la subjetividad que califica literalmente de *coactivo* y que circunscribe su esfera de acción al plano de la *sensualidad*, resulta difícilmente conciliable con la reflexión auto-interesada y el racional cálculo costo/beneficio propio de la vertiente en análisis. Al menos, de la sola lectura de su *Tratado de derecho penal* (1801) no se desprende que la mecánica de determinismo sensual que adscribe a la pena deje espacio para la racionalidad económica que le asocia Silva Sánchez. Para justificar su inclusión dentro de esta categoría, Silva Sánchez señala que la idea central de su “teoría de la coacción psicológica” es que, dado que “la comisión del delito representa un *beneficio* para el delincuente”, de lo que se trata con la pena es de “cargarla con *costes adicionales*”. Entonces, “si el delincuente es *racional*, obrará como lo hace cualquier operador en el mercado. Esto es, absteniéndose de cometer el delito”. Para fundamentar su posición remite a Feuerbach (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§13]) donde éste afirmaría que “todas las infracciones se cometen *por un estímulo de interés (Lust)*”. (SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1996., *op. cit.*, pp. 107; 107 n. 68 [Destacado agregado]). Sin embargo, la caracterización del propio Feuerbach de la fuerza que motiva el crimen no resulta fácilmente homologable a la noción de *interés*, sin duda clave para la explicación de la racionalidad práctica imperante bajo un orden de mercado. A su juicio, la *sensualidad*, “la *concupiscencia* del hombre es la que *lo impulsa, por placer*, a cometer la acción” (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§13] 52 [Destacado agregado]). Esto es aún más claro en la *Revision* (1800) citada por Lesch (LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 43 [Destacado agregado]), donde Feuerbach señala que el objeto de la coerción penal “*no es el hombre libre, sino el determinado, el sometido a la naturaleza*”. La diferencia es sutil porque al mismo tiempo Feuerbach otorga un rol esencial al hecho de que “cada uno *sepa* que a su hecho ha de seguir [...] un mal que será mayor”. (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§13] 52 [Destacado agregado]). El *conocer* (la razón) juega también un rol esencial, pero en este caso mucho más limitado, sobre todo en comparación a Bentham. Para Feuerbach el conocer aparece como mero vehículo para motivos sensuales que en última instancia son siempre los que determinan la voluntad. En Bentham, en cambio, el placer/displacer que se anticipa a través del conocimiento no determinan mecánicamente el obrar, sino que ingresan como “insumos” para un cálculo donde la razón tiene amplio poder de decisión.

³⁹⁷ BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 299.

cierta fuerza para que no la cometa. ¿El valor total de la pena le parece mucho mayor que el del placer? La fuerza repulsiva será la mayor, y no se verificará la acción.³⁹⁸

Interiorizada la representación de la pena como experiencia de sufrimiento futuro e ineluctable consecuencia de un obrar contrario a derecho, sólo resta incorporar el dolor anticipado dentro de un balance costo/beneficio:

El provecho es la fuerza que impele al hombre al delito; y la pena es la fuerza que se emplea para retraerle de él. Si la primera de estas fuerzas es mayor, se cometerá el delito; si la segunda lo es, no se cometerá.³⁹⁹

En este argumento recibe expresión, como dijimos, una específica concepción antropológica: para Bentham el razonamiento que define la decisión –que precede a la acción– sopesando los costos y beneficios asociados a los cursos de acción alternativos no designa un dato accidental sino un rasgo universal en tanto intrínseco a la naturaleza del hombre como ser racional:

¿Quien no calcula en materias de grande interés? Los hombre calculan con mas exactitud unos que otros, segun la diferencia de sus talentos y lo poderoso de los motivos que obran en ellos, pero *todos calculan, y yo no me aventuraria á asegurar que un loco no calcula.*⁴⁰⁰

A partir de esta concepción específicamente moderna o ilustrada, que recibe el nombre de *homo oeconomicus*⁴⁰¹, se construirá luego el denominado “Análisis Económico del Derecho”, modelo aplicado también al ámbito penal⁴⁰²:

³⁹⁸ BENTHAM, J. 1811., *op. cit.* p. 15.

³⁹⁹ *Ibid.*, pp. 22-3.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 29 [Destacado agregado]. Siguiendo la misma dirección, Posner también *asume* “que la gran mayoría de los potenciales criminales son lo suficientemente racionales como para ser disuadidos [deterrable]...” (POSNER, R. A., *op. cit.*, p. 1205 [Traducción propia])

⁴⁰¹ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, R. 2004., *op. cit.*, p. 140. En este contexto el concepto de *economía* denota “la ciencia de la elección racional en un mundo en que los recursos son limitados en relación con las necesidades y deseos humanos. *La conducta humana sigue el criterio de la elección racional, tratando de conseguir su propio interés en la mayor medida posible.* Tratando de conseguirlo, los sujetos responden a incentivos.” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1996., *op. cit.*, p. 98 [Destacado agregado]).

⁴⁰² Cfr. POSNER, R. A., *op. cit.* Se considera a Gary Becker, de la Escuela de Chicago, pionero en la incorporación del derecho penal como objeto de análisis económico a través de su escrito fundacio-

...el análisis económico del Derecho penal sostiene que los destinatarios de éste son sujetos racionales, que, también en su actuación delictiva, obran siguiendo consideraciones de eficiencia, esto es, calculando los costes y beneficios que cada acción les reporta. Ello determina que si, en el margen de información de que se dispone, una de las alternativas de comportamiento se hace menos ventajosa, por una variación de las circunstancias, disminuye la probabilidad de que se opte por ella. En particular, un sujeto cometerá un hecho delictivo sólo si la sanción esperada es inferior a los beneficios privados esperados de la comisión del acto. [...] El pensamiento económico de la criminología [...] trata de explicar la criminalidad como un comportamiento basado en la *decisión racional* que trata de maximizar el beneficio: tanto los hombres en general, como los delinquentes en particular, responden a incentivos en este sentido.⁴⁰³

Se plantea así una aproximación estrictamente economicista al razonamiento consecuencialista-utilitarista que empieza con una caracterización del fenómeno del delito como una clase de acto socialmente *ineficiente*: “sus consecuencias, esto es, el daño que cabe esperar de aquél es superior a los beneficios sociales que, asimismo, cabe esperar que el mismo aporte”⁴⁰⁴. Para Posner –uno de los mayores exponentes del análisis económico del derecho– la *ineficiencia* propia del actuar criminal deriva de su capacidad de obstaculizar la operación del *mercado* y privarnos con ello de sus efectos –por definición– socialmente benéficos (en términos de utilidad)⁴⁰⁵:

La principal función del derecho penal en una sociedad capitalista es evitar que las personas eludan el sistema de intercambio voluntario y compensado –el ‘mercado’, explícito o implícito– en situaciones donde, siendo los costos de transacción bajos, el mercado es un método de distribución de recursos más eficiente que el intercambio forzado. La evasión del mercado [*market bypassing*] en tales situaciones es ineficiente –en el

nal “Crime and Punishment: an Economic Approach” (1968). (POSNER, R. A., *op. cit.*, p. 1193; SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1996., *op. cit.*, p. 94-5; ZYSMAN QUIRÓS, D., *op. cit.*, pp. 260-1).

⁴⁰³ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1996., *op. cit.*, pp. 98-9 [Destacado agregado].

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 97.

⁴⁰⁵ Visión apologetica del mercado, y del actuar individual motivado por el interés privado como modelo de interacción social que lo caracteriza, que nuevamente cabe encontrar ya en Bentham: “La sociedad está constituida de modo que trabajando por nuestra felicidad particular, trabajamos por la felicidad general, y un individuo no puede aumentar sus propios medios de goce, sin aumentar los de otro. Del mismo modo que dos individuos se enriquecen dos pueblos, por su comercio recíproco, y toda permuta está fundada sobre ventajas respectivas.” (BENTHAM, J. 1802., *op. cit.*, p. 70).

sentido en que los economistas homologan eficiencia con maximización del bienestar— sin importar cuanta utilidad pueda ello reportar al ofensor.⁴⁰⁶

Como se advierte, el argumento de Posner parte de cierto “imperialismo económico” como supuesto metodológico⁴⁰⁷: desde su plataforma hermenéutica *todas* las actividades humanas admiten describirse y explicarse como (si operasen en el contexto de) “mercados implícitos”. Esta expansión del prisma de análisis económico a toda esfera del interactuar social responde a la adopción del *homo oeconomicus* como paradigma antropológico, esto es, a la comprensión de la racionalidad que lo caracteriza como un rasgo intrínseco a la naturaleza humana que, *a fortiori*, define su actuar no sólo en situaciones específicas (en el contexto de una transacción comercial en sentido estricto propia de un “mercado explícito”), sino en la totalidad de sus relaciones intersubjetivas. Desde esta perspectiva *toda* interacción social opera de acuerdo a la lógica del mercado. El actuar lesivo que la pena previene es aquel que, pasando por alto los mecanismos mercantiles de asignación de recursos [*market bypassing*], afecta la distribución que éste óptimamente han definido y conduce por ello y necesariamente a una situación globalmente ineficiente. Para inhibir ese actuar, el castigo debe incorporar la misma lógica:

El estado racionaliza la demanda por el crimen estableciendo un alto precio por él en la forma del costo de pagar una multa o ir a prisión por su comisión, pese a que en realidad las personas sólo son multadas o encarceladas para mantener la credibilidad del sistema disuasivo.⁴⁰⁸

En el campo penal el sujeto racional se define como aquel que en todo momento anticipa las consecuencias de sus actos y, sopesando los costos representados por el castigo con los beneficios del delito (considerando sus respectivas probabilidades de materializarse), concluye que los primeros superan en magnitud a los segundos y estratégicamente decide conducirse de modo no-delictivo. La pena opera según la lógica del

⁴⁰⁶ POSNER, R. A., *op. cit.*, p. 1195 [Traducción propia].

⁴⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1996., *op. cit.*, p. 124.

⁴⁰⁸ POSNER, R. A., *op. cit.*, p. 1214 [Traducción propia].

(des)incentivo: introduce en la consciencia de sus destinatarios un motivo que racionalmente incorporado al cálculo que precede a toda acción, debiera inhibirlo de conducirse del modo que deriva en la consecuencia indeseada (el castigo). Desde esta perspectiva, actuar de otro modo es actuar de modo lisa y llanamente irracional⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ El modelo antropológico que subyace a esta propuesta de motivación inhibitoria que apela a la racionalidad estratégica del agente está sin duda sujeto a objeciones que aquí no podemos desarrollar. Basten, a modo de ejemplo, las siguientes consideraciones de Hassemer: “Estas objeciones [a la capacidad motivadora de la conminación penal y de la ejecución de la pena] se derivan de la rigidez juridicoraciona- lista de la idea preventivo general, que desprecia soberanamente la ‘irracionalidad’ fáctica de las personas. La teoría de la prevención general espera un *homo oeconomicus* que generalmente no existe. Supone que el delincuente potencial pondera los inconvenientes y ventajas de su hecho y que luego desiste de cometerlo porque el sistema jurídicopenal, con la conminación penal y con la posibilidad de ejecución de la pena, ha tenido cuidado de que no merezca la pena cometerlo. Esta construcción olvida una serie de datos empí- ricos que la contradicen contundentemente”. El *homo oeconomicus* –continúa– “quizá pueda encontrarse en la dirección de una empresa, en la que se pueden calcular las posibilidades de fraude fiscal, o de un delito ecológico, pero en vano se le buscará en las riñas entre jóvenes pandilleros, en el asesinato del amante, en el robo en una casa no habitada o en el secuestro terrorista de rehenes.” (HASSEMER, W. 1984., *op. cit.*, [§27] 384; 386).

2.5.2. Inhibición fáctica: inocuización⁴¹⁰

La última versión de inhibición comunicativa que vimos, tenía por premisa la racionalidad económica-estratégica como rasgo intrínseco a la naturaleza humana, es decir, adoptaba el *homo oeconomicus* como paradigma antropológico. En la medida en que la premisa es de orden antropológico, el predicado pretende validez universal; designa un rasgo homogéneamente presente en la totalidad de los sujetos. Se siguen de esto consecuencias relevantes:

...entre el sujeto delincuente y el no-delincuente no hay diferencias estructurales (no hay un sujeto ‘normal’ y un sujeto ‘desviado’), sino que ambos operan siguiendo idénticos principios. Son, en definitiva, factores situacionales, o de confluencia de motivaciones favorables y contrarias, los que dan lugar o no a la comisión del hecho delictivo. Como se observará, *consideraciones liberales de igualdad formal entre los ciudadanos* no son en absoluto ajenas a esta forma de ver las cosas.⁴¹¹

En el plano de la racionalidad que guía su actuar todo sujeto es formalmente igual. Por lo tanto la pena, dispositivo orientado a fortalecer la eficacia de la norma para dirigir *de facto* el comportamiento de sus destinatarios, debe actuar sobre ese plano de subjetividad compartida, adoptar su lógica y formular desincentivos que tornen estratégicamente irracional (ineficiente) elegir el curso de acción delictivo y, de esta suerte,

⁴¹⁰ Sobre la justificación de la pena en términos de su función de “prevención especial negativa” en el sentido de inocuización fáctica del peligro representado por el delincuente, véase: LISZT, F. v., *op. cit.*, pp. 115-22; MEZGER, E., *op. cit.*, p. 374; JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 29; LESCH, H. H., *op. cit.*, pp. 53-7; POLITOFF, S.; MATUS, J. P. y RAMIREZ, C., *op. cit.*, p. 64.

⁴¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1996., *op. cit.*, pp. 99-100 [Destacado agregado]. Según Baratta la “escuela liberal clásica” –en la que incluye a Bentham, Feuerbach y Beccaria– “no consideraba al delincuente como un ser diferente de los demás...”. (BARATTA, A. 1982. *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires. Siglo XXI. (2004). p. 23).

aparten a la globalidad de los sujetos (en tanto racionales) de seguir ese camino (efecto disuasivo)⁴¹².

Por supuesto, es también posible evitar la lesión del orden jurídico por vías que no se sostengan sobre ese presupuesto antropológico. Puede mantenerse la premisa utilitarista-consecuencialista de que sólo la conservación del derecho como fin justifica funcionalmente la pena como medio; y postularse que ello debe alcanzarse inhibiendo el actuar que lo lesiona; mas, al mismo tiempo, puede rechazarse que el modo de incidir sobre su voluntad opere sobre esa propiedad universal que los autores revisados juzgan inherente a su “racionalidad”. La subjetividad sobre la que la pena actúa puede concebirse en cambio no como un dato natural ligado a su condición de ser racional, sino como el *producto* de numerosas variables (biológicas, sociales, culturales, históricas, etc.) que desde el exterior determinan su singular configuración. Cambia con esto la concepción antropológica: desde la homogeneidad formal del *homo oeconomicus* se pasa a la heterogeneidad material del *homo sociologicus*⁴¹³. Estamos ahora ante un individuo determinado en su actuar no por la racionalidad intrínseca a su naturaleza (atributo universal), sino por las particulares circunstancias socio-culturales que *de facto* inciden en la configuración de su voluntad. Esta es la posición de Liszt; quien en primera instancia formula un principio cuya lógica utilitarista se halla muy próxima a Bentham:

Sólo la pena necesaria es justa. La pena es, a nuestro juicio, medio para un fin. Pero la idea de fin exige adecuación del medio al fin y la mayor economía posible en su administración. [...] No es posible concebir un mayor pecado contra la idea de fin, que un dispendioso uso de la pena, como atentado contra la existencia corporal, ética y económica de

⁴¹² Como asevera Zysman, “[e]n el análisis económico, la actividad delictiva se disocia de las patologías y motivaciones a las que la explicación positivista [como la que a continuación veremos a través de Liszt] la había llevado [...], y se reubica en el mundo de las acciones racionales, guiadas por las preferencias individuales, las oportunidades, los costos y los beneficios.” (ZYSMAN QUIRÓS, D., *op. cit.*, p. 264).

⁴¹³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1996., *op. cit.*, pp. 100; 118.

un ciudadano, en situaciones en que no sea exigida por las necesidades del ordenamiento jurídico.⁴¹⁴

Justamente a partir de un cálculo consecuencialista –como el que sugiere la terminología economicista que emplea– Liszt postula la ineficacia de una pena que no atienda en su configuración práctica a las personales características de los sujetos sobre los que pretende incidir. Liszt atribuye a su indiferenciación el fracaso de la pena retributiva y propone, en cambio, un castigo materialmente diferenciado que se adapte al tipo de delincuente⁴¹⁵:

...estos tres tipos de pena [orientadas a la corrección, intimidación y neutralización] deben corresponder a tres categorías de delincuente. En efecto, *la pena se dirige contra ellos, y no contra las figuras del delito*; el delincuente es el titular de los bienes jurídicos cuya lesión o destrucción constituyen la esencia de la pena.⁴¹⁶

Si el modelo del *homo oeconomicus* reposaba originalmente sobre un postulado metafísico propio del idealismo ilustrado que asignaba al hombre una *naturaleza* de la cual emanaría como rasgo intrínseco –mas empíricamente indemostrable– la específica racionalidad que le atribuyen; el *homo sociologicus* se enmarca en un estadio cultural totalmente distinto dominado por el positivismo científico:

Cuando v. Liszt a finales del siglo XIX obtuvo su cátedra, ya había sucumbido la filosofía idealista de Kant y Hegel, y el naturalismo dominaba las ciencias filosóficas en general, y la ciencia jurídico penal en particular. El comportamiento humano, la sociedad en general, eran vistos desde una perspectiva técnico-causalista, bajo el prisma de las ciencias naturales...⁴¹⁷

Ya no serán postulados metafísicos sobre una (ficticia) “naturaleza humana” los que servirán de sustento teórico para el diseño de un aparato institucional idóneo para

⁴¹⁴ LISZT, F. v., *op. cit.*, pp. 106-7 [Destacado agregado].

⁴¹⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1996., *op. cit.*, pp. 118-9.

⁴¹⁶ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 114 [Destacado agregado].

⁴¹⁷ LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 53.

producir los efectos sociales que lo justifiquen. Antes bien, lo que una organización racional de la práctica punitiva demanda es respaldo científico, evidencia empírica:

Existe solo un método para contestar a estas preguntas con certeza indubitable: el método de la Sociología, la sistemática observación de la masa. Sólo la estadística criminal [...] nos puede llevar al objetivo. Debemos examinar el delito como fenómeno social y la pena como función social, si queremos comprobar con exactitud científica su eficacia protectora de bienes jurídicos y su eficacia disuasiva de la delincuencia.⁴¹⁸

La eficacia de la pena depende del conocimiento empírico que ofrecería la llamada “antropología criminal”⁴¹⁹. Sobre la base de este saber científico, y en el marco de un modelo consecuencialista-finalista, Liszt plantea una concepción en que la pena opera siempre coactivamente⁴²⁰ pero –según dijimos– de modo diferenciado de cara a las particularidades del penado; la prevención negativa se dirigirá ahora a un sujeto *especial*⁴²¹. Para el “delincuente habitual” que precisa corrección⁴²² y para el “delincuente ocasional” que no la requiere⁴²³, la pena actúa como coerción indirecta o motivacional: *corrigiendo* al primero e *intimidando* al segundo⁴²⁴. El efecto disuasivo se despliega como en el modelo antes visto, es decir, en el plano comunicativo⁴²⁵.

⁴¹⁸ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 108.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 114, haciendo especial mención a los trabajos de Lombroso y Ferri (*Ibid.*, p. 114 n. 71).

⁴²⁰ “La pena es coacción.” (*Ibid.*, p. 111 [Destacado agregado]).

⁴²¹ Para Liszt los efectos de la pena que trascienden la especialidad del concreto sujeto castigado para incidir sobre terceros en forma de “prevención general” [“inhibición comunicativa”: *supra.* §III.2.5.1.], de “fortalecimiento de las motivaciones sociales” [“pedagogía inmediatamente social”: *infra.* §III.2.6.1.] o de “satisfacción de la víctima” [“expresión de sentimiento: venganza”: *supra.* §III.2.2.1.], serían meros “efectos reflejos” carentes de la suficiente relevancia para afectar su propuesta clasificatoria. (*Ibid.*, pp. 112-3; 112-3 n. 69).

⁴²² *Ibid.*, pp. 122-4.

⁴²³ *Ibid.*, pp. 124-5.

⁴²⁴ *Ibid.*, pp. 111-2; 115.

⁴²⁵ La función de “corrección” será vista más adelante a propósito de la “pedagogía inmediatamente individual” donde retomaremos las ideas de Liszt [véase *infra.* §III.2.6.2.]. Welzel, partiendo de supuestos notoriamente próximos a la “antropología criminal” de Liszt, propone una distinción paralela basada en la clasificación entre delincuentes *ocasionales* y *habituales*: para los primeros la pena ejerce una *función ético-social* a través de una pena *retributiva* fundada y limitada por la *culpabilidad* del autor (contraparte de la “corrección” de Liszt); para los segundos la pena cumple una *función preventivo-policial* a

Empero, existiría un tercer grupo de delincuentes, los “irrecuperables”⁴²⁶, respecto a los cuales la operación comunicativa resulta consustancialmente ineficaz. Aquí, en el supuesto que nos interesa, es donde emerge con mayor fuerza el contraste entre la igualdad formal del sujeto racional sobre el que opera la disuasión comunicativa y la desigualdad material presupuesta por la inhibición fáctica. Ahora entre el delincuente y el no-delincuente *si* hay diferencias estructurales⁴²⁷: el primero ya no es un sujeto “normal” que “sólo comete el delito porque el complejo de motivos determina que esa sea la solución más beneficiosa para él”⁴²⁸; sino alguien cuyo actuar antijurídico es manifestación sintomática de su “anormalidad”. Bajo este prisma positivista-cientificista, la *desviación* del delincuente habitual demuestra que padece alguna clase de patología. De ahí su naturaleza *incurable*. Las consecuencias más trascendentales de esta concepción tendrán lugar en el marco de otro modelo de justificación de la pena cuya función denominaremos “pedagogía inmediatamente individual”⁴²⁹. Aquí importa ver el rol que esta concepción patologizante del sujeto-delincuente desempeña en la justificación de la función inocuizadora:

La lucha contra la delincuencia habitual presupone un conocimiento exacto de ella. Y éste falta hasta ahora. Se trata, aunque sea de un miembro, del más importante y peligroso en aquella cadena de síntomas de enfermedades sociales, que nosotros solemos reunir en la denominación global de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes y *demimondaines*, en el sentido más amplio, degenerados espirituales y corporales, todos ellos conforman el

través de una *medida de seguridad* fundada en su *peligrosidad* (contraparte de la “intimidación” e “inocuización” de Liszt). (WELZEL, H., *op. cit.*, pp. 8-13). En realidad, en esta diferenciación se expresa el conflicto medular que ha animado una discusión que aquí no se aborda: aquella relativa a la posibilidad y, en ese caso, sobre el modo, de justificar la coexistencia al interior de aparato penal del castigo en su sentido tradicional y de esa otra modalidad de ejercicio del control social que se ha denominado “medidas de seguridad”. Cualquier modelo que admita la validez de la llamada “doble vía” necesariamente supone la viabilidad de una distinción estructuralmente equivalente a la propuesta por Liszt y Welzel.

⁴²⁶ LISZT, F. v., *op. cit.*, pp. 115-22.

⁴²⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1996., *op. cit.*, pp. 99-100.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 118.

⁴²⁹ Véase *infra*. §III.2.6.2.

ejército de enemigos fundamentales del orden social, en cuyas tropas más distinguidas reconocen filas estos delincuentes.⁴³⁰

En supuestos en que la eficacia motivacional de la coerción indirecta se ve impedida por la irreversible desviación de estos “degenerados espirituales y corporales”; la consecución del fin que justifica la institución penal reclama un modo alternativo intervención coactiva que inhiba el actuar delictivo ahora de modo directo (es decir, no discursivamente mediado), interviniendo *fácticamente*. Se trata, en palabras de Liszt, de la “neutralización de los delincuentes no susceptibles de corrección”⁴³¹:

Coerción directa, inmediata, mecánica o violencia. La pena es secuestro del delincuente, transitoria o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella. Aparece como artificial selección del individuo socialmente inapto. ‘La naturaleza hecha a la cama a aquel que atenta contra ella; el estado lo envía a la cárcel.’ (Ihering).⁴³²

De este modo llegamos al modelo que denominamos “inhibición fáctica”; vertiente de la “prevención especial negativa” que no opera a través de la disuasión sino merced a la inocuidad física del castigado *qua* fuente de peligro⁴³³. Aquí se elimina de cuajo el espacio para esa suerte de “diálogo racional”⁴³⁴ que –por hipótesis– hace comprender al sujeto motivos para no protagonizar actos criminales. La pena puede evitar el delito prescindiendo de ese rodeo comunicativo y de todo tránsito por la subjetividad del delincuente –lo que supone la expresa o tácita reducción del castigado al estatus infra-racional de objeto riesgoso a administrar– para operar inmediatamente sobre el plano fáctico –en el que, al fin y al cabo, el castigo pretende siempre incidir– neutralizando su peligrosidad. Para Liszt:

⁴³⁰ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 116. Obsérvese cómo, casi un siglo después, Welzel reproduce prácticamente el mismo razonamiento: “A esos criminales de estado pertenecen, por un lado, el grupo de los antisociales en sentido estricto: el mendigo, el linyero, el vago, la prostituta, con una criminalidad las más de las veces leve, y por otro, el grupo de los criminales habituales peligrosos, con una criminalidad de mayor cuantía.” (WELZEL, H., *op. cit.*, pp. 10-1).

⁴³¹ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 115.

⁴³² *Ibid.*, p. 112.

⁴³³ Se trata aquí, en palabras de Liszt, de la “eliminación de la peligrosidad”. (*Ibid.*, p. 121).

⁴³⁴ Véase *supra*. §III.2.5.1.

La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado).⁴³⁵

Por cierto, como apunta Liszt, el efecto de inocuización no se obtiene exclusivamente a través de la encierro. Desde el destierro a la pena de muerte, la lógica de la expulsión o eliminación del penado tiene por correlato necesario –si bien no necesariamente perseguido– la inmediata y absoluta supresión del peligro que su permanecía al interior de la comunidad representa⁴³⁶. Y, en efecto, también la privación de libertad a través de la prisión, arquetípico del castigo moderno⁴³⁷, se materializa en un encierro fenoméricamente indistinguible del secuestro⁴³⁸ que *de facto* inocuiza al castigado. Como advierte Hassemer, “[e]l sistema penitenciario aísla al recluso del mundo exterior y lo neutraliza social (y políticamente)”⁴³⁹. Se controla la amenaza a la seguridad colectiva extirpando del cuerpo social al elemento peligroso y reubicándolo en un espacio geográfico distante y/o herméticamente aislado. La separación física del sujeto sometido al encierro lo priva no sólo de la posibilidad de desplazarse, sino también de comunicarse, de interactuar y entablar relaciones con libertad. Con ello desaparece el escenario materialmente imprescindible para la comisión de nuevos ilícitos –al menos, de la mayoría de ellos–⁴⁴⁰.

Lo que la pena hace en este caso es actuar sobre el cuerpo del condenado directamente (penas corporales, pena de muerte, etc.) o indirectamente mediante la alteración

⁴³⁵ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 120.

⁴³⁶ Como acertadamente advierte Zysman, “[e]n cierta medida, esta idea [la incapacitación] ya estaba presente en las penas de mutilación a los ladrones, y en la pena capital entendida como medio para evitar la reincidencia.” (ZYSMAN QUIRÓS, D., *op. cit.*, p. 267).

⁴³⁷ Como acertadamente vaticina Liszt: “por su capacidad, como ninguna otra, para adaptarse a todos los objetivos penales”, la pena privativa de libertad “está indudablemente llamada a un primer lugar y un papel conductor en el sistema de las penas.” (LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 113).

⁴³⁸ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 112.

⁴³⁹ HASSEMER, W. 1984., *op. cit.*, p. 258. Sobre la neutralización política, véase MAÑALICH, J. P. 2009. Pena y ciudadanía. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. P. 2009., *op. cit.*, pp. 119-147.

⁴⁴⁰ En palabras de Bentham: “El encarcelamiento es muy eficaz en cuanto al *poder de dañar*; porque el hombre mas peligroso para la sociedad deja de serlo mientras está preso: él podrá conservar todas sus inclinaciones malélicas, pero no continuará en ellas.” (BENTHAM, J. 1811., *op. cit.*, p. 96 [Destacado original]).

del entorno físico que condiciona su posibilidad de movimiento y actuación (destierro, cárcel, etc.). La finalidad es la misma: afectando su condición física o insertándolo en un espacio en que le resulte físicamente imposible concretar un comportamiento antijurídico, lo que se persigue es la inocuización del sujeto, neutralizar *de facto* el potencial lesivo (peligro) que se juzga representa.

* * *

Podría pensarse que desde el momento en que el positivismo naturalista sobre el que se asienta la propuesta de Liszt fue históricamente superado en la evolución del pensamiento occidental, su modelo de inhibición fáctica habría corrido la misma suerte. De hecho, como señala Silva Sánchez, el término “inocuización” “suena a antiguo”:

Su innegable vinculación al positivismo criminológico y su práctico abandono en la teoría de los fines del Derecho penal del último medio siglo hacen que no se encuentren apenas referencias al mismo en los textos que dan cuenta de la discusión continental europea al respecto.⁴⁴¹

Cabría entonces suponer que bastante tiempo hace desde que alguien defiende expresamente la validez de la función de inhibición fáctica como justificación de la práctica punitiva y que, si esta subsiste, es únicamente porque la institución carcelaria –que *de facto* la desempeña (con independencia de si se le asignan o no otros objetivos adicionales: resocializadores, por ejemplo)– también lo hace. No obstante, si este puede ser el caso en la “discusión continental europea al respecto”, no lo es respecto a la discusión anglosajona, en particular la desarrollada desde el último tercio del siglo XX en Estados

⁴⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2001b. El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos. En: ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (Dir.). 2001. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca. p. 699.

Unidos, donde el concepto de *incapacitation* se mantuvo siempre presente⁴⁴². Y, claro está, la incapacitación no es sino inhibición fáctica o inocuización:

La incapacitación busca restringir la comisión de delitos, por tiempos más o menos prolongados, a través de la imposición de impedimentos físicos (entre los cuales la prisión decanta como herramienta principal).⁴⁴³

Hallándose privado del respaldo de un positivismo decimonónico históricamente superado, en sus versiones contemporáneas este modelo puede no obstante recurrir a dos discursos alternativos para justificar la función inocuizadora que asigna al castigo.

(a) Por un lado, puede introducirse en un discurso (neo)conservador que apela a la expansión y endurecimiento de la intervención punitiva para satisfacer la creciente demanda colectiva de “seguridad”⁴⁴⁴. En este caso, tiende a mantener la idea positivista de que existiría una diferencia estructural entre el delincuente y el no-delincuente: el concepto de “desviación” con connotaciones patologizantes se conserva desplazando el énfasis desde la dimensión biológica a la moral. Que de hecho existen delincuentes hasta el día de hoy socialmente percibidos como lo que en el siglo XIX Liszt calificaba de “degenerados espirituales y corporales”⁴⁴⁵, lo prueba, por ejemplo, la incorporación de técnicas estigmatizadoras y, en general, el progresivo endurecimiento del tratamiento punitivo que de un tiempo a esta parte han ido recibiendo los delincuentes sexuales en los sistemas penales que (como el chileno) orbitan y reproducen las tendencias político-

⁴⁴² *Ibid.*, p. 699.

⁴⁴³ ZYSMAN QUIRÓS, D., *op. cit.*, p. 267.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, pp. 273-6. Sobre el fenómeno global de “expansión del derecho penal” en general, véase: SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2001a., *op. cit.* Sobre el modelo de “seguridad ciudadana” en que dicha expansión se materializa a nivel de los ordenamientos jurídico-penales, véase: HASSEMER, W. 1990., *op. cit.*; Díez Ripollés, J. L. 2004., *op. cit.*; Díez Ripollés, J. L. 2005., *op. cit.* Sobre la instrumentalización populista del aparato punitivo de parte de las autoridades políticas, véase: ALBRECHT, P.-A., *op. cit.*, pp. 471-87.

⁴⁴⁵ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 116.

criminales estadounidenses⁴⁴⁶. Para Robles Planas la consolidación en los noventa de este discurso conservador⁴⁴⁷ tiene la dimensión de un “cambio de paradigma”:

El cambio de paradigma se produce con la irrupción de la *seguridad* en el discurso político-criminal y su manifestación inmediata en la legislación penal: del Estado de Derecho basado en libertades y el correspondiente Derecho penal de la culpabilidad al Estado de la seguridad y al correlativo Derecho penal de orientación preventiva y policial. De lo que ahora se trata es exclusivamente de la efectiva y eficaz protección a la víctima. La pena y la medida de seguridad dejan de dirigir su atención al delincuente en tanto persona resocializable para pasar a satisfacer la exigencia ilimitada de seguridad de las víctimas potenciales.⁴⁴⁸

En la medida en que la atención de la pena permanece sobre el delincuente no es ya para “corregirlo” sino para “inocuirlo”: su figura se reduce al estatus de “fuente de peligro”; el dispositivo penal ofrece seguridad a las víctimas potenciales neutralizándolo fácticamente. Desde el momento en que el dato “peligrosidad” es el punto de partida en la justificación de la pena, su configuración como instrumento de inhibición fáctica resulta, como consecuencia lógica, inevitable. En este caso, la noción de “peligrosidad criminal” no es sólo central, sino que incluso se muestra en ocasiones insuficiente: para la tendencia actual “sólo la *garantía de no peligrosidad* impide la intervención coactiva”⁴⁴⁹. La deriva hacia la inocuización se sigue con naturalidad:

...la proporcionalidad cambia de objeto de referencia: el delincuente debe tolerar una intromisión en su libertad hasta el punto necesario para garantizar la seguridad de la sociedad frente a él. [...] La suficiente

⁴⁴⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2001b., *op. cit.*; ROBLES PLANAS, R. 2007. ‘*Sexual Predators*’. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad. *InDret*. Revista para el Análisis del Derecho 4 (2007): 1-25.

⁴⁴⁷ Discurso que, como advierte Zysman, emerge “con las políticas de derecha que (re)nacen en los setenta con la crítica al Estado de Bienestar y la rehabilitación, y se consolidan con el ascenso del reaganismo y thatcherismo al poder.” (ZYSMAN QUIRÓS, D., *op. cit.*, p. 273). (Sobre la función de “rehabilitación” a la que alude, véase *infra*. §III.2.6.2.). Su consagración la alcanzaría a fines del siglo XX: a juicio de Zimring/Hawkins “a mediados de los noventa podía afirmarse que la incapacitación se había convertido en la principal justificación de la prisión en el sistema de justicia de EE. UU.” (*Ibid.*, pp. 268-9).

⁴⁴⁸ ROBLES PLANAS, R. 2007., *op. cit.*, p. 15 [Destacado original].

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 15 [Destacado agregado].

seguridad sólo queda garantizada si la puesta en libertad del autor sólo acontece cuando no exista ningún riesgo (más) de reincidencia. Por ello, no debe extrañar que lo que antes se entendían como manifestaciones de los límites del *ius puniendi* empiecen a concebirse como ‘lagunas de seguridad’ de la legislación penal.⁴⁵⁰

(b) Por otra parte, la función de inhibición fáctica puede encontrar cabida en un discurso que, si bien en última instancia converge con el anterior en resultados prácticamente equivalentes⁴⁵¹, exhibe *prima facie* una naturaleza muy diferente. Éste discurso se aleja de aquel centrado en el sujeto infractor y en las causas que motivan su actuar, para concebir su desviación desde una perspectiva global como un *riesgo* a administrar con objeto de neutralizar sus efectos socialmente costosos en el marco de un discurso tecnocrático que nos devuelve a la lógica del “análisis económico del derecho” –que, según vimos, genealógicamente conduce a Bentham–. Esta vertiente recibe expresión en la llamada *New Penology*: mientras la “antigua penología” juzgaba “al delito como un acto desviado o antisocial que merecía respuesta, que requería ser normalizado”⁴⁵²; la “nueva penología”,

Lejos de la patología, considera la existencia del delito como algo que debe darse por sentado, y supone la desviación como un acto normal. Sus intervenciones no se dirigen a la vida individual, no la cuestionan moralmente, ni pretenden explicarla causalmente ni normalizarla (no es etiológica); tan sólo procuran regular grupos humanos peligrosos (compuestos de agregados individuales) para optimizar el manejo o gerencia de riesgos.⁴⁵³

Se advierte ahora que el modelo neoconservador albergaba una tendencia sumamente problemática desde el punto de vista de la racionalidad económica: la sobrepobla-

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁵¹ Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, J. Á. e IGLESIAS SKULJ, A., *op. cit.*, p. 24.

⁴⁵² ZYSMAN QUIRÓS, D., *op. cit.*, p. 279.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 279.

ción carcelaria⁴⁵⁴. Este resultado se sigue naturalmente de una pena cuyo objetivo sea la incapacitación *general*. La razón pragmática demanda remplazar su mecánica por la de una incapacitación *selectiva* que –siguiendo a Bentham– haga de ésta una pena “económica” o eficiente –capaz de producir el efecto deseado con el menor sufrimiento (costo) posible⁴⁵⁵–; y que en el plano práctico se muestre capaz de solucionar la crisis de sobrepoblación de las prisiones sin sacrificar efectividad en el control del delito⁴⁵⁶. Aquí es donde entra en escena la dimensión *actuarial* de esta nueva penología:

El modelo de justicia actuarial se caracterizaba [...] por un tipo de discurso y de tecnologías en relación con sujetos peligrosos que venían a sustituir la gramática previa, sustentada en la culpabilidad individual, en los diagnósticos clínicos y en las intervenciones de tratamiento. Por lo demás, ese nuevo lenguaje actuarial, basado en cálculos probabilísticos aplicados a grupos poblacionales, no pretendía responder a comportamientos individuales, sino regular niveles de desviación criminal.⁴⁵⁷

El eje de la *incapacitación selectiva* reposa sobre “modelos de predicción”⁴⁵⁸ en base a los cuales se desarrollan “técnicas de identificación, clasificación y manejo de grupos poblacionales, según niveles de peligrosidad”⁴⁵⁹. Por una vía muy distinta a la del modelo neoconservador, también desde este discurso tecnocrático se plantea con naturalidad la necesidad de mecanismos punitivos que anulen fácticamente la posibilidad de

⁴⁵⁴ *Ibid.*, pp. 169-70. En palabras de Harcourt: “Lo que hemos presenciado a lo largo de nuestra vida es una de las expansiones más monumentales de la esfera penal que se haya producido a lo largo de la Historia” (HARCOURT. 2011. *Surveiller et punir à l’âge actuariel. Généalogie et critique*. p. 220, citado en: BRANDARIZ GARCÍA, J. Á. e IGLESIAS SKULJ, A., *op. cit.*, pp. 23-4 n. 24). Esto resulta irrefutable en el caso de EE. UU., como evidencian las cifras consignadas por Brandariz/Iglesias: “De acuerdo con los datos del *Bureau of Justice Statistics* del gobierno estadounidense, a 30/IV/2009 su sistema penitenciario encarcelaba a 2,297 millones de reclusos, lo que suponía una tasa de 751 por cada 100000 habitantes. Estas cifras implicaban que a comienzos de 2009 el sistema penitenciario de EE. UU. recluía aproximadamente al 23% de los presos del planeta, mientras que su población representaba sólo el 4,5% del conjunto mundial.” (*Ibid.*, pp. 23-4 n. 24).

⁴⁵⁵ BENTHAM, J. 1811., *op. cit.*, p. 48.

⁴⁵⁶ ZYSMAN QUIRÓS, D., *op. cit.*, p. 271.

⁴⁵⁷ BRANDARIZ GARCÍA, J. Á. e IGLESIAS SKULJ, A., *op. cit.*, p. 19 n. 5.

⁴⁵⁸ ZYSMAN QUIRÓS, D., *op. cit.*, p. 271.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 279.

que un conjunto específico de potenciales delincuentes exterioricen un comportamiento jurídicamente lesivo. En palabras de Silva Sánchez:

La premisa mayor de la teoría de la inocuización selectiva es que resulta posible individualizar a un número relativamente pequeño de delincuentes (*high risk offenders*), respecto de los cuales cabe determinar que han sido responsables de la mayor parte de hechos delictivos y predecir que lo seguirán siendo⁴⁶⁰. De modo que la inocuización de los mismos –esto es, su retención en prisión el máximo tiempo posible– conseguiría una radical reducción del número de hechos delictivos y, con ello, importantes beneficios al menor coste.⁴⁶¹

Así, este discurso de raigambre neoliberal converge con la versión neoconservadora para integrarse coherentemente al “cambio de paradigma” que, según Robles Plana, conlleva la irrupción del concepto de *seguridad* en el discurso político criminal⁴⁶². Como vimos, en última instancia la exigencia de seguridad requiere que el sujeto sea puesto en libertad sólo en caso de que no exista ningún riesgo de reincidencia. Si este riesgo no desaparece, el sujeto continúa siendo fuente de peligro. Esto quiere decir que, mientras el riesgo subsista, los mecanismos institucionales destinados a neutralizarlo habrán de seguir operando y esto por un tiempo, en principio, indefinido⁴⁶³.

El modelo actuarial de incapacitación selectiva incorpora elementos próximos al *homo sociologicus* de Liszt: la pena adoptará una forma diferente de acuerdo a las propiedades que desde el exterior socio-cultural determinan la particularidad del grupo seleccionado como su destinatario idóneo. Debe atenderse a la especificidad del grupo para construir los perfiles de peligrosidad sobre los que se funda la distribución actuarial

⁴⁶⁰ El “incentivo” que este discurso implícitamente formula para una articulación discriminatoria de la práctica punitiva que tenga por criterios la nacionalidad, orientación sexual, raza, clase, etc., de los grupos; y las posibles objeciones ético-políticas a un sistema que consolida, reproduce e intensifica la marginalización de dichos colectivos, resultan evidentes. Véase, por ejemplo, la crítica de Harcourt a la práctica policial de *profiling* étnico desarrollada en EE. UU. al alero de este modelo de justicia “actuarial” (BRANDARIZ GARCÍA, J. Á. e IGLESIAS SKULJ, A., *op. cit.*, pp. 21-2).

⁴⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2001b., *op. cit.*, p. 700 n. 3.

⁴⁶² ROBLES PLANAS, R. 2007., *op. cit.*, p. 15.

⁴⁶³ Como, según vimos, ya proponía Liszt. (Cfr. LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 120).

de castigos⁴⁶⁴. Empero, los sujetos individualmente considerados aquí no sirven más que de insumos estadísticos para un cálculo global que, prescindiendo totalmente de su singularidad, no persigue más que la maximización de la eficacia global de un orden articulado bajo la égida de una economía de mercado. Con ello se muestra la posición subordinada que adopta el prisma sociológico respecto a la modalidad de racionalidad alternativa, la del *homo oeconomicus*.

En esta confluencia de puntos de vista se manifiesta también la contradicción que subyace al hecho de que el actual fenómeno de *expansión* de la práctica punitiva *estatal*, tenga lugar precisamente en el marco de la hegemonía de un modelo económico neoliberal que aboga decididamente por la *reducción* de la intervención estatal *prima facie* en *todo* ámbito de la vida social concebida como espacio para la libre y espontánea coordinación de auto-interesados sujetos privados. Queda al descubierto la paradoja que identifica Harcourt: “la simultánea defensa de la máxima abstención estatal en el ámbito económico y de un notable intervencionismo punitivo en el gobierno de lo social”⁴⁶⁵; paradoja que sin duda marca la impronta a nivel global del actual escenario político criminal⁴⁶⁶.

* * *

Frente a estas funciones de inhibición comunicativa y fáctica, cabe reiterar una idea antes planteada. Sólo cuando se abandona la injustificada pretensión de asignar unilateralmente un único modo de operar a la pena, es posible observar la forma en que

⁴⁶⁴ El recurso de la *New Penology* a variables socio-culturales para determinar la propensión del colectivo al crimen y sobre esa base articular el juicio de peligrosidad que define la distribución estatal del castigo, encuentra correlato no sólo en modelo decimonónico de Liszt, sino también claramente en el sistema de Welzel (Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, pp. 10-1).

⁴⁶⁵ BRANDARIZ GARCÍA, J. Á. e IGLESIAS SKULJ, A., *op. cit.*, p. 24.

⁴⁶⁶ Juicio que, dicho sea de paso, parece plenamente aplicable a Chile.

éstos reciben simultánea y entrelazada expresión en el rol que de hecho desempeña. Tal como existen zonas de indeterminación en que disuasión e inocuización se confunden, entre los distintos modelos generales de justificación funcional del castigo existen múltiples espacios de superposición e interacción.

Respecto a la función de inhibición comunicativa, por ejemplo, parece evidente que en alguna medida siempre forma parte de la operación de la pena. No puede afirmarse verosímilmente que el castigo como instrumento del derecho penal no sirva o pretenda servir para que de algún modo no se incurra en las conductas que el sistema declara explícitamente prohibir. Lo mismo puede decirse respecto a la inhibición fáctica, a saber, que en distintos grados la dimensión inocuizadora está presente en todas las formas de castigo⁴⁶⁷. Tal como vimos, consecuencia natural de la institución carcelaria, por ejemplo, es la total neutralización del peligro que encarna el interno. Esto basta para transmitir a todo sistema penal que recurra a ella –es decir, a *todos* los sistemas penales actuales– un componente de inhibición fáctica indisociable de la función que en la práctica desempeña el castigo.

⁴⁶⁷ Es más, cabe sostener que ya la categorización nominal de un sujeto como delincuente, en su operación de estigmatización simbólica, comporta la dimensión de exclusión subyacente a toda operación de inocuización. La ejecución fáctica sobre el cuerpo del castigado materializa una neutralización ya existente a nivel simbólico: “la definición del desviado como delincuente pone de relieve de manera abrumadora el aspecto negativo. *Constituye una especie de expulsión del grupo social*, con muy poco interés en que se regrese a él. Se utiliza al delincuente, en un sentido, más bien como ‘cabeza de turco’, sobre quien proyectar unos sentimientos dentro de un contexto para que se refuercen los valores institucionalizados. Lo que le ocurra a él, es solo secundario.” (PARSONS, T., *op. cit.*, p. 319 [Destacado agregado]). El nexo con el modelo expiatorio salta a la vista [véase *supra*. §III.2.3.]; lo que no es sino un específico correlato del hecho de que la dimensión de instrumentalización –que suele conformar la crítica contra los modelos preventivo-consecuencialistas– se encuentra irreductiblemente presente en *todo* castigo [véase *infra*. §III.3.4.].

2.6. Función pedagógica

Bajo esta rúbrica insertamos aquellas teorías que también asignan a la pena una función “preventiva” pero difieren de la anterior en el modo de alcanzar dicho efecto (evitar la comisión de delitos). El modelo recién visto impide el resultado lesivo interponiendo un obstáculo que detiene el proceso que a él conduce: obra en la fase subjetiva que precede a la externalización de la conducta introduciendo motivos –sensibles, pragmáticos, racionales, etc.– aptos para inducir al individuo a omitir ese curso de acción –en virtud de su rechazo instintivo, de la inconveniencia de las consecuencias que anticipa se seguirían de ello, etc.–; o interviene sobre su corporalidad o en su entorno espacial para suprimir *de facto* su capacidad de cometer (nuevos) ilícitos.

La presente versión persigue su objetivo preventivo por el camino inverso: no a través de la “negación” del curso de acción criminal, sino mediante la “afirmación” de aquel prescrito por el ordenamiento jurídico a través de sus normas como correcto, conveniente o, en todo caso, obligatorio. Así, aunque el castigo se muestre a primera vista como imposición de un mal y, por lo tanto, como inequívoco signo de “negación” (de la validez de la conducta cuya realización torna merecida su ejecución), desde esta perspectiva esa lectura intuitiva debe desecharse. Antes bien, debe aprehenderse la operación verdaderamente relevante que subyace a esa cubierta negativa y que exhibiría un carácter eminentemente “afirmativo”; se habla, en consecuencia, de *prevención positiva*.

Para entender –como en general se hace– esta función en términos prevencionistas, el momento en que se (re)afirma simbólico-comunicativamente un modo de actuar como correcto debe justificarse exclusivamente por el propósito (positivo) de incentivar o motivar –en contraste con la finalidad (negativa) de disuadir o inhibir– a los destinatarios de las normas cuya vulneración da lugar a la pena a que determinen su actuar en conformidad a ellas y, en última instancia, no incurran en las conductas alternativas ins-

titucionalmente tachadas como antijurídicas; lográndose de este modo evitar la comisión de delitos.

Sin embargo, si se observa más de cerca podrá notarse que en esta teoría la finalidad preventiva está presente pero de modo derivado y en ese sentido subordinado⁴⁶⁸. Si el objetivo del modelo inhibitorio es lograr un no-actuar, su eficacia supone un resultado directamente preventivo: la omisión fáctica de la acción delictiva. El vínculo entre la operación positiva y el mismo resultado es, en cambio, más lejano e indirecto. Ahora, incluso si convenimos en que la finalidad de la pena sea la evitación de delitos, ello nada nos dice sobre el mecanismo en virtud del cual lograría ese resultado. Y, a nuestro juicio, si lo que destaca en este modelo es su mecánica afirmativa, al momento de asignarle un nombre puede prescindirse del aspecto “preventivo” y ofrecerse una caracterización que comprenda esa finalidad pero no pretenda, como la denominación sugiere, reducir a ella su propuesta de justificación del castigo. En cambio, nos parece más pertinente hablar aquí de una función *pedagógica* de la pena.

⁴⁶⁸ Subordinación correlativa a la existente a nivel general entre las funciones de control e integración social propias del derecho penal. Véase *supra*. §II.1.

2.6.1. Pedagogía (inmediatamente) social: socialización⁴⁶⁹

Bajo esta subcategoría se inscriben las teorías de la pena conocidas bajo el nombre de “prevención general positiva” y, entre éstas, las que de modo más explícito le adscriben una función pedagógica bajo nociones del tipo: “modelación de las costumbres”, “conformación pedagógica en valores”, “educación en la valoración del derecho y su autoridad”, “afirmación de la vigencia de los valores ético-sociales de la actitud interna”, “fortalecimiento de la fidelidad al derecho”, etc.

El término “pedagogía” se adopta aquí en un sentido amplio⁴⁷⁰, ya que el espectro de materias que a través del castigo se busca transmitir se aleja del que comúnmente se entiende propio de un proceso de formación cognitiva (educación) para transitar a otros campos, en particular, hacia la ética. Con esto queremos decir que el contenido que a través de la pena se enseña es esencialmente moral⁴⁷¹. Consideramos más pertinente

⁴⁶⁹ Sobre la “prevención general positiva” como función que justifica la pena, véase: BETTIOL, G., *op. cit.*, pp. 188-9; MEZGER, E., *op. cit.*, p. 371; WELZEL, H., *op. cit.*, pp. 1-13; 233-5; JESCHECK, H.-H., *op. cit.*, p. 74; HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 161-4; SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1992., *op. cit.*, pp. 226-41; ROXIN, C. 1994., *op. cit.*, pp. 91-3; BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H. *op. cit.* pp. 49-50; LESCH, H. H. *op. cit.* pp. 48-52; HASSEMER, W. 2003., *op. cit.*, pp. 18-29; ALCÁ-CER GUIRAO, R. 2004., *op. cit.*, pp. 52-134; POLITOFF, S.; MATUS, J. P. y RAMÍREZ, C., *op. cit.*, pp. 61-2; MAÑALICH, J. P. 2010a., *op. cit.*, pp. 70-2; CURY, E., *op. cit.*, pp. 73-4.

La versión de la teoría de la “prevención general positiva” reformulada de acuerdo al modelo sociológico del funcionalismo sistémico, presenta particularidades que justifican destinarle un apartado especial: véase *infra*. §III.2.7.

⁴⁷⁰ En un sentido próximo al de Parsons: “se define al aprendizaje como aquel conjunto de procesos mediante el cual el actor adquiere nuevos elementos de orientación de la acción, nuevas orientaciones cognoscitivas, nuevos valores, nuevos objetos, y nuevos intereses expresivos. El aprendizaje *no* se limita a las primeras etapas del ciclo vital, sino que continúa a todo lo largo de la vida.” Cuando, como en el caso de la función del castigo, de lo que se trata es de la “adquisición de las orientaciones precisas para funcionar satisfactoriamente en un rol”, estamos ante la particular forma de aprendizaje que Parsons denomina *socialización*. (PARSONS, T., *op. cit.*, pp. 215; 217 [Destacado original]).

⁴⁷¹ La sistemática tendencia contemporánea a excluir del lenguaje en que se formulan los discursos públicos de justificación –funcional o normativa– de la pena toda referencia a la “moralidad” y, con mayor razón, a la idea de una “pedagogía moral” como la aquí propuesta, se explica como síntoma de la pervivencia del efecto traumático producido por la experiencia histórica del totalitarismo que llevó una práctica política (y también político-criminal) justificada en esos términos a extremos de violencia sin precedentes [véase *supra*. §II.1.2.2.]. Frente a ello se postula un retorno al “mandato de neutralidad” propio de los modelos liberales de organización socio-política, principio que proscribió al Estado extender sus

entender la pena no como mecanismo preventivo sino como dispositivo de *educación moral*⁴⁷² porque –como justificaremos– su operación no se dirige primariamente a la evitación de una conducta externa sino a la internalización cognitiva de una directriz como razón para la acción duradera y motivacionalmente eficaz, esto es, *obligatoria*. La actitud interna –pedagógicamente introducida– cuyo correlato externo es el efecto (mediatamente) preventivo, se denomina *obediencia*.

Al hablar de una función pedagógica que opera de modo inmediatamente *social* queremos decir que el sujeto-objeto receptor del mensaje educativo está constituido por la sociedad en *general*. Si se objeta que esto no es posible ya que, por definición, los procesos cognitivos sólo se despliegan a nivel de la psiquis individual; la “sociedad” como sujeto de aprendizaje puede entenderse como alusión genérica a sus miembros indistintamente considerados. No obstante, si el aprendizaje moral como *estado* final alcanzado *qua* efecto, necesariamente se circunscribe a la psiquis de un sujeto *individual*, cabría sostener con Parsons que “[l]os *procesos* mediante los que la estructura motivacional de una personalidad individual llega a ser lo que es, son [...] fundamentalmente, *procesos sociales*”⁴⁷³. La pena participa de ese proceso social y, desde el exterior, incide pedagógicamente sobre la configuración de la estructura motivacional de los destinatarios de las normas que avalan su ejecución. Lo relevante aquí es que su acción tiene como destinatario un auditorio indiferenciado, operando en lo inmediato de modo *despersonalizado* sobre la generalidad de la población; y esto, como dijimos, con inde-

potestades “invasivas” hacia la subjetividad de los ciudadanos. Dicho principio se extrapolará desde el ámbito moral al económico en la propuesta de minimización del Estado característica del *neoliberalismo*. No obstante, como veremos a continuación, consideramos perfectamente posible sostener (a) que formalmente la operación de la pena constituye un proceso pedagógico que busca la internalización del núcleo de moralidad consagrado por el derecho; y, al mismo tiempo, (b) que resulta materialmente ilegítimo que esa operación asuma las características del modelo histórico usualmente asociado a la idea de “pedagogía moral”. Se trata de dos planos de análisis distintos, que desde el comienzo hemos intentando deslindar.

⁴⁷² Sentido que Durkheim concede a la educación en general. Véase: DURKHEIM, É. 1922., *op. cit.*

⁴⁷³ PARSONS, T., *op. cit.*, p. 259 [Destacado agregado]

pendencia de si mediatemente dicho aprendizaje termina encarnado en una subjetividad individual *personalizándose*.

Comprender la dinámica afirmativa como un proceso pedagógico de contenido moral exige retomar un aspecto ya señalado: para que la pena desempeñe una función de esta índole es totalmente imprescindible que despliegue efectos a nivel comunicativo. Si como vimos a propósito del modelo inhibitorio la ejecución fáctica del castigo carece en sí misma de poder disuasivo, se advierte que –con mayor razón quizás– carecerá también de eficacia pedagógica. Por lo tanto, a la secuencia externa delito-pena debe adscribirse un significado interno en virtud del cual el primero sea aprehendido como una acción prudencial o axiológicamente indebida y el castigo como la respuesta institucional expresiva del reproche del que el delincuente con su acción se ha hecho merecedor⁴⁷⁴.

Si el objetivo mediato del castigo es la conservación del orden social (jurídicamente institucionalizado), el modelo de inhibición comunicativa pretendía evitar su lesión asignando al delito el sentido de una acción indeseable: fruto del temor al sufrimiento discursivamente anticipado en la conminación, el crimen se (re)presenta a la consciencia de sus destinatarios como un obrar estratégicamente indeseable; por ende, se evita. Ahora podemos identificar en esta operación preventivo-disuasiva la contracara que pavimenta el tránsito hacia el modelo bajo análisis. En palabras de Jescheck:

...a través de la amenaza penal contenida en la ley y la condena del culpable que muestra que el Estado cumple seriamente su advertencia⁴⁷⁵, debe ser *evitada la legitimación del delito y puesta de manifiesto aquella aversión moral contra el injusto* que se presenta por sí misma y que, en gran medida, contribuye a que sea mantenida en sus límites la predisposición a la criminalidad⁴⁷⁶ que existe y está latente en la colectividad [...]. Así pues, el Estado no sólo persigue con la pena la intimidación del presunto autor por medio de la amenaza de un mal, sino que so-

⁴⁷⁴ Aspecto enfatizado por el modelo de “estabilización normativa”: véase *infra*. §III.2.7.

⁴⁷⁵ Cfr. FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§16] 53.

⁴⁷⁶ Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 4.

bre todo se esfuerza en *reforzar la conciencia jurídica de la colectividad* a través de leyes penales justas y de su aplicación moderada e igualitaria, así como en *educar a las personas en una obediencia voluntaria al Derecho*.⁴⁷⁷

Para Jescheck lo más importante es evitar no la verificación material del delito sino la legitimación del *sentido* inscrito en el actuar que autoriza calificarlo de tal. Se observa un razonamiento retribucionista que define la antijuridicidad del acto (su carácter injusto o contrario-a-derecho⁴⁷⁸) en base a la pretensión de validez (universal) que en el plano simbólico-discursivo (objetivamente) formula⁴⁷⁹. La pena debe evitar que el sentido del acto adquiera legitimidad⁴⁸⁰; para ello, merced a la operación que denominamos expresiva⁴⁸¹, niega públicamente su validez: pone de manifiesto la “aversión moral contra el injusto”. Si el delito es delito en virtud del sentido que su realización expresa; entonces, para ser pena (y no mera violencia), la pena habrá de operar en ese plano discursivo expresando su invalidez⁴⁸². Ahora, negar ese sentido manifestando la aversión moral del derecho contra el injusto, supone la correlativa afirmación de la vigencia incólume de la norma de cuya vulneración culpable emana el reproche expresado. Como más adelante veremos⁴⁸³, la negación de la validez del crimen encarnada en la imposición de la pena, *es* afirmación de la validez de la norma de cuyo quebrantamiento depende que (simbólico-institucionalmente) la primera violencia se constituya en crimen y la segunda violencia en castigo. Como acertadamente señala Schünemann, “la norma de conducta, y la conminación con una pena a ella vinculada, gozan de *primacía lógica* sobre la impo-

⁴⁷⁷ JESCHECK, H.-H., *op. cit.*, p. [§8] 74 [Destacado agregado].

⁴⁷⁸ En el sentido de Hegel (Cfr. HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, pp. [§§82 y ss.] 174 y ss.). Véase *supra*. §III.2.4.

⁴⁷⁹ Cfr. KANT, I. 1797., *op. cit.*, pp. 152-4 n.. Véase *supra*. §III.2.4.

⁴⁸⁰ Como indica Parsons, “en el caso del delito es preciso resaltar ante todo *la privación de toda pretensión de legitimidad*.” (PARSONS, T., *op. cit.*, p. 317 [Destacado agregado]). En palabras de Jakobs, lo que el derecho a través de la pena debe evitar es “que los delitos ya no se conciban como delitos.” (JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, p. 16).

⁴⁸¹ Véase *supra*. §III.2.2.2.

⁴⁸² Por supuesto, todo ello en virtud de la conformidad de los contenidos significativos respectivamente expresados y las reglas constitutivas del orden jurídico en cuyo interior ambos fragmentos de facticidad (violencia) adquieren existencia como los hechos institucionales: “delito” y “pena”.

⁴⁸³ Véase *infra*. §III.3.3.

sición de la misma”⁴⁸⁴. La norma (secundaria) de sanción (la que formula la conminación) encuentra su sentido (su función) en el fortalecimiento del poder vinculante del mandato contenido en la norma (primaria) de conducta, esto es, aquella que pretende incidir motivacionalmente sobre sus destinatarios de modo tal de adaptar *de facto* su (inter)actuar a los modelos de (inter)acción institucionalizados. La primacía lógica de la norma como directriz de conducta versus la pena como consecuencia jurídica que sanciona su inobservancia, expresa la prioridad global de la función de integración social (cohesión) respecto a una operación de control social (coacción) que en última instancia sólo se justifica por su capacidad de favorecer la conservación del orden instituido. Por lo tanto, la función de inhibición comunicativa o prevención general *negativa* tendrá por necesario correlato la *afirmación* de la vigencia del orden protegido a través de la pretensión disuasiva verbalizada en la amenaza de castigo contenida en la norma (reafirmada desde la facticidad de su imposición efectiva):

La amenaza penal atribuida a la prohibición tiene un efecto de prevención general tanto positiva como negativa: por un lado, ya la prohibición acompañada de la conminación penal robustece la conciencia jurídica general y hace presente el valor del bien jurídico; por otro lado, cuando la amenaza de pena anticipa idealmente un efecto intimidatorio, es manifestación de prevención general negativa. Entre ambos efectos no existe en realidad conflicto alguno, sino una *relación de combinación* que encierra precisamente por eso un significado relevante para la efectividad del derecho penal.⁴⁸⁵

La intimidación lograda merced a la *conminación* de un mal remite a la norma que, prohibiendo la acción delictiva, afirma el valor de su no-lesión, es decir, defiende el valor del bien jurídico protegido, instanciación particular del núcleo normativo que configura la identidad colectiva instituida a través del derecho. Por su lado, la intimidación lograda a través de la *imposición* efectiva del sufrimiento anticipado, en tanto confirma la seriedad de la amenaza, refuerza la eficacia de la norma que con fines directivos la

⁴⁸⁴ SCHÜNEMANN, B., *op. cit.*, p. 99 [Destacado agregado].

⁴⁸⁵ *Ibid.*, pp. 96-7 [Destacado original].

incorpora. En ambas fases lo reforzado es la norma en su pretensión directiva, y reforzar la norma no es sino, como señalaba Jescheck, “reforzar la consciencia jurídica de la colectividad”⁴⁸⁶.

* * *

Para comprender la función pedagógica ínsita a la mecánica afirmativa puede empezarse por revisar la dinámica con que operan las normas reforzadas por la pena. Ésta puede analizarse en una estructura escalonada en tres niveles: (a) se afirma que el actuar de sus destinatarios debe conformarse al patrón de conducta; (b) se afirma que debe conformarse a él porque es jurídicamente obligatorio y; (c) se afirma que es jurídicamente obligatorio porque el sistema jurídico vigente en la comunidad sobre la que se pretende fácticamente vinculante lo juzga substantivamente (ético-políticamente) correcto. Esta enumeración, creemos, no es arbitraria, sino que enuncia un encadenamiento lógico.

La pena no se limita a *informar*⁴⁸⁷ lo que las normas jurídicas vigentes estipulan debe (o no) hacerse, sino que *prescribe* lo que debe (o no) hacerse –nivel (a)–. El castigo constituye un apoyo externo que aumenta la fuerza (poder coactivo) de la pretensión directiva contenida en la norma primaria cuya vulneración configura el supuesto de hecho para su imposición en calidad de “consecuencia jurídica” prevista en la correlativa norma de sanción. Para ordenar un modo de actuar como obligatorio debe existir una remisión a la norma de la que emerge ese deber jurídico: si la conducta es obligatoria es porque el derecho a través de sus reglas la define como tal –nivel (b)–. Con esto nos aproximamos al tercer elemento: la pena no se limita a transmitir lo que el derecho declara vinculante –su función no es “informar”– sino que afirma directamente su obliga-

⁴⁸⁶ JESCHECK, H.-H., *op. cit.*, p. [§8] 74.

⁴⁸⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2003., *op. cit.*, pp. 18 y ss.

toriedad, esto es, prescribe imperativamente que ese patrón determine *de facto* la conducta de sus destinatarios. La pena remite entonces al *deber* de seguir la norma y esto a la pregunta por su validez. “¿Por qué debe obedecerse la norma?” admite una respuesta formal del tipo: “Debe obedecerse porque es parte del derecho vigente en nuestra comunidad”. Pero ante la pregunta “¿Por qué debo obedecer ese derecho (vigente en nuestra comunidad)?”, la situación cambia: no cabe formular respuestas intra-sistémicas; afirmar la validez formal de una norma no basta para justificar el deber de obedecerla. Para operar el tránsito desde la validez institucional de la prescripción hacia su eficacia práctica como razón para la acción, se requiere pasar por la motivación del destinatario; la directriz debe ser subjetivamente interiorizada como obligatoria. Esta motivación de la acción conforme a la norma no viene dada por su validez formal, sino por su validez *social*, es decir, por su aceptación general como directriz “legítima” que en algún sentido *merece* obediencia⁴⁸⁸. En términos de Weber:

‘Validez’ de un *orden* significa para nosotros algo más que una regularidad en el desarrollo de la acción social simplemente determinada por la costumbre o por una situación de intereses. [...] [H]ablaremos de una ‘validez’ de este orden cuando la orientación de hecho por aquellas máximas tiene lugar porque en algún grado significativo (es decir, en algún grado que pese prácticamente) aparecen válidas *para* la acción, es decir, como obligatorias o como modelos de conducta.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Esta tangencial alusión a la idea de “validez social” puede entenderse en el sentido de la “regla de reconocimiento” de Hart: “El enunciado de que una regla existe puede no ser ya [...] un enunciado externo del *hecho* de que cierto modo de conducta en generalmente aceptado en la práctica como pauta. Ahora puede ser un enunciado interno que aplica una regla de reconocimiento aceptada, pero no expresa, y que [...] significa únicamente que la regla es ‘válida según los criterios de validez del sistema’. Sin embargo, en este aspecto [...] una regla de reconocimiento es distinta de otras reglas del sistema. La afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de un hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, ‘existir’ aun cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho.” (HART, H. L. A. 1961., *op. cit.*, p. 137 [Destacado original]).

⁴⁸⁹ WEBER, M. 1956., *op. cit.*, p. 25 [Destacado original].

Esto conduce al último eslabón –nivel (c)–. Para justificar la meta-obligación de obedecer el derecho caben dos respuestas: (i) la norma debe obedecerse por su valor intrínseco; o (ii) la norma debe obedecerse porque la obediencia a las normas formalmente válidas tiene un valor intrínseco. Es decir, o se defiende la corrección material de la concreta norma y desde ahí se justifica un deber concreto de obedecerla –en tanto norma *correcta*–; o se afirma la corrección material del deber general de obedecer *las* normas y desde ahí se extrae por derivación el deber concreto de obedecer *esta* norma – en tanto norma *jurídica*–. Ambas respuestas nos desplazan hacia el terreno axiológico: se trata de afirmar valores.

La concepción “moderna” del derecho define su autoridad de acuerdo a la segunda vertiente⁴⁹⁰, esto es, en virtud de su poder para exigir obediencia a sus normas por su sola condición (formal) de integrar el derecho, con independencia de la opinión del destinatario respecto de la (in)corrección (substantiva) de su contenido:

‘Obediencia’ significa que la acción del que obedece transcurre como si el contenido del mandato se hubiere convertido, por sí mismo, en máxima de su conducta; y eso *únicamente* en méritos de la relación formal de obediencia, sin tener en cuenta la propia opinión sobre el valor o desvalor del mandato como tal.⁴⁹¹

Empero, al confirmar con la pena el deber de obedecer las normas, *de hecho* se está apuntando a un contenido substantivo cuya corrección, en el instante de la ejecución fáctica del castigo, es simplemente presupuesta (en base al contingente, y funcionalmente prescindible, dato empírico de que goza de la aprobación de sus destinatarios o, ciertamente, en base al criterio formal de que integra el aparato institucional que, por hipóte-

⁴⁹⁰ En términos de Weber: “La forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la *legalidad*: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y *formalmente* correctos. [...] La disposición a avenirse con las ordenaciones ‘otorgadas’, sea por una persona, o por varias, supone siempre que predominan ideas de legitimidad y –en la medida en que no sean decisivos el simple temor o motivos de cálculo egoísta– la creencia en la *autoridad* legítima...” (WEBER, M. 1956., *op. cit.*, p. 30 [Destacado original]). Este “tipo puro” de dominación legítima, Weber lo denomina “racional” o “legal”. Véase: *Ibid.*, pp. 173-80; 706-8.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 172 [Destacado original]. Véase *supra*. §I.1.4.1.

sis, expresa o refleja la voluntad de la comunidad sobre la que rige⁴⁹²). De esta suerte, al afirmar la obligatoriedad de la conducta mediatizada por la norma que la estipula, se está postulando la obligatoriedad del derecho penal y, en última instancia, del derecho como tal⁴⁹³. La pena ratifica comunicativamente que el sustrato de valor contenido en sus normas y en el deber general de obedecer el derecho se mantiene inalterado. Mediatamente son siempre los valores ético-sociales que institucionalmente definen a la colectividad⁴⁹⁴ los que a través del castigo se estabilizan como vigentes e incuestionados⁴⁹⁵.

* * *

La dimensión afirmativa es correlato necesario de una operación en apariencia puramente negativa como la inhibición comunicativa. Como señala Welzel, tras las prohibiciones u órdenes cuyo efecto inmediato es el amparo de bienes jurídicos –es decir, la negativa evitación de su vulneración–, “están los elementales deberes ético-

⁴⁹² El criterio formal se sostiene –en el marco del discurso orientado a legitimar su validez– sobre la hipótesis de que todo cambio en la voluntad representada se comunica a la institución representativa y, a través de su reformulación, recibe en ella expresión. Que esto ocurra en la práctica es, por supuesto, contingente. Esto remite a la naturaleza contingente de las condiciones extra-penales (políticas) sobre las que reposa la legitimidad que el derecho penal podría obtener a través de determinada conceptualización del *principio de legalidad*. Véase, por ejemplo, HABERMAS, J. 1987., *op. cit.*

⁴⁹³ La afectación en última instancia general del orden normativo particularizado en la norma/bien jurídico directamente infringida/lesionado, supone que el delito sea siempre, en su estructura formal, un delito de “lesa majestad” en tanto contiene un desafío a la autoridad del derecho como tal. Así claramente en Rousseau: “Tan pronto como esta multitud se reúne así formando un cuerpo [el soberano], no se puede ofender a uno de sus miembros sin atacar el cuerpo; ni menos aún ofender al cuerpo sin que sus miembros se resientan.” (ROUSSEAU, J. J. 1762. *El contrato social*. Barcelona. Altaya (1993). p. 18). De ahí la naturaleza *pública* del crimen. Así lo intuye, en términos muy cercanos a Rousseau, Feuerbach: “Prescindiendo de esta característica [la lesión en forma directa de los derechos del Estado] no es posible distinguir los delitos públicos y privados. *En todo individuo el Estado será (mediatamente) lesionado o puesto en peligro*, y en el Estado también lo será todo individuo” (FEUERBACH, A. v., *op. cit.*, p. [§23] 57 n. 1 [Destacado agregado]). Advertir la dimensión en que todo delito es formalmente un crimen de lesa majestad no supone, empero, postular su equivalencia material: véase *infra*. *Conclusión. (a).(i)*.

⁴⁹⁴ Véase *supra*. §II.1.2.

⁴⁹⁵ Véase *infra*. §III.2.7.

sociales (valores del acto), cuya vigencia asegura, amenazando con pena las acciones que lo lesionan”⁴⁹⁶.

Ahora bien, la afirmación de los valores constitutivos del *ethos* comunitario puede realizarse no sólo indirectamente como contracara de la evitación de su afectación. El derecho penal puede asumir directamente la función ético-social de “amparar los valores elementales de la vida de la comunidad”⁴⁹⁷. El exponente más destacado de este modelo de justificación de la pena es el propio Welzel:

El mero amparo de bienes jurídicos sólo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva. En cambio, el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza positivo-ético-social: proscribiendo y sancionando el apartamiento realmente manifestado de los valores fundamentales del pensamiento jurídico, el Estado exterioriza del modo más ostensible de que dispone, la validez inviolable de esos valores positivos de acto, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su sentimiento de permanente fidelidad al derecho.⁴⁹⁸

Se advierte que este modelo entronca directamente con la denominada función de “integración”⁴⁹⁹ que ve en el castigo un mecanismo que, protegiendo el núcleo ético-político que define su identidad, mantiene la unidad del cuerpo social. Si el crimen pone en duda la validez de los principios sobre los que se cimienta la estructura social, conlleva un peligro de desintegración que la pena, operando como mecanismo de cohesión del colectivo, neutraliza. Su imposición declara simbólicamente la validez de una regla que condensa aspectos nucleares de lo común; sus miembros se reconocen a sí mismos (reconocen su propia voluntad) en la (voluntad instituida en la) regla y en sus pares que también lo hacen. La generalidad de este recíproco y homogéneo reconocimiento normativamente mediado, fortalece la norma mediadora (el orden instituido) y los lazos de

⁴⁹⁶ WELZEL, H., *op. cit.*, p. 6.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 1.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, pp. 3-4.

⁴⁹⁹ Cfr. DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 123-4. Véase *supra*. §II.1.2.2.

solidaridad que sobre ella se despliegan; aglutinando a las partes y consolidando la unidad del todo social como comunidad ética (fundada sobre una ética común).⁵⁰⁰

Ahora bien, ciertamente la reafirmación ética de que habla Welzel aspira a trascender el plano discursivo. Si se comunica la vigencia de los valores fundamentales de la comunidad es con miras a obtener un efecto práctico: lograr que *de facto* ese núcleo ético determine el modo en que las relaciones intersubjetivas se desarrollan y, con ello, la forma en que la sociedad en su conjunto se organiza.

Si con la pena el Estado declara la inviolabilidad de dichos valores y favorece la cohesión integradora de la colectividad merced al reforzamiento de la consciencia jurídica de sus miembros, lo hace funcionando como *dispositivo pedagógico*. Para alcanzar ese efecto general –la integración social–, la operación del castigo ha de pasar por la subjetividad de los individuos de cuyo actuar coordinado depende; debe introducir en la consciencia de sus destinatarios los valores que busca conservar; en concreto, debe *educar*⁵⁰¹: formar el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su sentimiento de permanente fidelidad al derecho⁵⁰²; como sintetiza Jescheck, *educar* a las personas en una obediencia voluntaria al Derecho⁵⁰³.

El objetivo de la función pedagógica que a través de la pena ejerce el derecho es que el sujeto adquiera lo que Parsons llamaría “las orientaciones precisas para funcionar satisfactoriamente en un rol”⁵⁰⁴. Por ende, su intervención se inscribe en un proceso de *socialización*. Como vimos, es desde la objetividad de la estructura social desde donde

⁵⁰⁰ Esta operación resultaría la más próxima a aquella que, con los matices indicados, asignamos al derecho penal en general [Véase *supra*. §II] y, con los matices que se señalarán [Véase *infra*. *Conclusión*], identificaremos como la finalidad que, tras la mecánica inmediatamente coercitiva de control social, cumple la pena en particular.

⁵⁰¹ Esto implica que la eficacia de la coacción que ejerce la pena como mecanismo de control social depende de su incidencia *pedagógica* en la esfera subjetivo-motivacional de los sujetos y, por consiguiente, que la integración –a la que el control social se subordina– se materializa a través de ese tránsito pedagógico por la subjetividad de los destinatarios.

⁵⁰² WELZEL, H., *op. cit.*, pp. 3-4.

⁵⁰³ JESCHECK, H.-H., *op. cit.*, p. [§8] 74.

⁵⁰⁴ PARSONS, T., *op. cit.*, p. 217.

se determina la función de los sujetos cuyas interrelaciones articula⁵⁰⁵. La asignación estructural de una posición social supone la adscripción al individuo de una determinada función, rol que re-define al sujeto imputándole una nueva identidad institucionalmente definida ha desplegarse en determinada esfera social⁵⁰⁶. Esa “asignación estructural de una posición social” se logra merced a los procesos de *socialización*, que son, a un mismo tiempo, mecanismos pedagógicos *individuación* (procesos de constitución-institución social de la subjetividad individual). Para explicar la educación como dispositivo de socialización, Durkheim propone el deslinde entre dos tipos de subjetividad:

Se puede decir que en cada uno de nosotros existen dos seres que, aun cuando inseparables a no ser por abstracción, no dejan de ser distintos. El uno, está constituido por todos los estados mentales que no se refieren más que a nosotros mismos y a los acontecimientos de nuestra vida privada: es lo que se podría muy bien denominar el *ser individual*. El otro, es un sistema de ideas, de sentimientos y de costumbres que expresan en nosotros, no nuestra personalidad, sino el grupo o los grupos diferentes en los que estamos integrados [...] Su conjunto constituye el *ser social*. *El formar ese ser en cada uno de nosotros tal es el fin de la educación.*⁵⁰⁷

Sin duda la simple división propuesta por Durkheim elude toda la complejidad del proceso de determinación estructural de la subjetividad, mas tiene el mérito de que por su misma simplicidad designa claramente lo que en su aspecto medular resulta plenamente válido. Para Durkheim “la sociedad no puede subsistir más que si existe entre sus miembros una homogeneidad suficiente”⁵⁰⁸; el patrón a partir del cual esa homogeneidad se construye es el “ser social”: “cada sociedad se labra cierto ideal del hombre, de lo que debe ser éste tanto desde el punto de vista intelectual como físico y moral”⁵⁰⁹. Y si bien a su juicio no es el Estado –ni ningún actuar intersubjetivamente coordinado o

⁵⁰⁵ Véase *supra*. §I.1.3.

⁵⁰⁶ “Cada nombre implica una nomenclatura, que a su vez implica una ubicación social determinada. Recibir una identidad comporta adjudicarnos un lugar específico en el mundo.” (BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, p. 166).

⁵⁰⁷ DURKHEIM, É. 1922., *op. cit.*, pp. 53-4 [Destacado agregado].

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 52.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 52.

volitivamente determinado— el que define el contenido de esa identidad colectiva; la autoridad política si tiene el crucial rol de protegerla, reafirmarla y reproducirla a través de sus instituciones, en particular, mediante el derecho⁵¹⁰. De la conservación de la unidad del todo social pende la del orden instituido a cuya cabeza el Estado se sitúa. La educación participa de esta función de socialización: reproduce en cada consciencia particular la consciencia colectiva operando el tránsito desde el ser individual al ser social⁵¹¹. Así, “fijando por adelantado en el alma del niño las similitudes esenciales que requiere la vida colectiva”⁵¹², perpetúa y refuerza la homogeneidad social funcionalmente necesaria para la subsistencia del orden u —como diría Durkheim— “organismo” social⁵¹³.

En Welzel puede encontrarse una conceptualización del castigo como dispositivo pedagógico de socialización y, por tanto, de subjetivación o individuación. A su juicio el error de los modelos preventivo-negativos no está en su pretensión de salvaguardar bienes jurídicos⁵¹⁴ sino en auto-limitarse a evitar su lesión material. Advierte, en cambio, que el núcleo que concentra el disvalor del delito —y con ello su virtualidad socialmente lesiva— no se halla en su exterioridad fenoménica sino en su dimensión simbólica, en el

⁵¹⁰ “[N]o incumbe al Estado el crear esa comunidad de ideas y de sentimientos a falta de los cuales no puede haber sociedad; dicha comunidad debe constituirse por sí misma, y al Estado no le corresponde más que consagrarla, sostenerla y hacerla más patente a los ojos de los ciudadanos.” (*Ibid.*, p. 63 [Destacado agregado]). Cfr. SCHMITT, C. 1928., *op. cit.*, pp. 46; 94.

⁵¹¹ De ahí el rol protagónico que a juicio de Durkheim ha de desempeñar el Estado en materia de educación. Véase: DURKHEIM, É. 1922., *op. cit.*, pp. 61-3.

⁵¹² DURKHEIM, É. 1922., *op. cit.*, p. 52. Cabe señalar que al explicar la operación de la pena como una función pedagógica damos por supuesto, con Parsons y contra lo que sugiere Durkheim en el citado texto, que “[e]l aprendizaje no se limita a las primeras etapas del ciclo vital, sino que continúa a todo lo largo de la vida.” (PARSONS, T., *op. cit.*, p. 215 [Destacado original]).

⁵¹³ Véase, por ejemplo, DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, pp. 57 y ss.

⁵¹⁴ Lejos de ello, Welzel comparte plenamente la importancia que se atribuye a los bienes jurídicos. A su juicio, “[b]ien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado jurídicamente”. La suma de estos “no constituye un ‘montón atomizado’ sino el orden social” mismo. Así, como señala luego, “[e]l fundamento real de la pena estatal radica en su *indispensabilidad para mantener el orden de la comunidad*. Por eso, la realidad de la pena estatal se puede fundamentar sólo ‘relativamente’, vale decir, en lo referente a su necesidad para la existencia del orden de la comunidad.” (WELZEL, H., *op. cit.*, pp. 5-6 [Destacado original]; 6; 235 [Destacado agregado]).

sentido que alberga, y externalizándose formula, el actuar injusto⁵¹⁵. La intervención del derecho a través de la pena debe neutralizar esa dimensión y no circunscribirse a la mera evitación de una facticidad en sí misma conceptualmente inhábil de poner en tela de juicio la validez del *ethos* colectivo jurídicamente institucionalizado:

...al derecho penal debe interesarle menos el resultado positivo actual de la acción, que la permanente tendencia positiva del actuar humano, de acuerdo con el pensar de los juristas. Asegurar el *respeto* por los bienes jurídicos (es decir, la validez de los valores de acto), es más importante que regular los resultados positivos en los casos individuales y actuales.⁵¹⁶

Si se busca salvaguardar la vigencia incólume de los valores colectivos fundamentales, la misión primaria del derecho penal no puede ser el amparo actual de bienes jurídicos, pues es precisamente allí –sostiene Welzel– donde por regla general llega demasiado tarde⁵¹⁷. La utilidad o daño actual es algo secundario frente a su objetivo esencial, a saber: “la conquista duradera que encierra el pensamiento de los ciudadanos, siempre fiel al derecho”⁵¹⁸.

⁵¹⁵ En este énfasis sobre la dimensión de *sentido* inscrita en el actuar humano (y social), reside el núcleo de su aproximación *finalista*: “La actividad, como tal, tiene una significación en la vida humana; ciertamente, sólo como actividad realizada con sentido, es decir, como actividad dirigida hacia el logro de una obra positiva; pero ese sentido lo conserva también entonces la actividad, aun cuando la obra no se haya alcanzado (valor del acto [...]). Lo mismo ocurre en el orden negativo: el disvalor de la acción puede ser basado en que el resultado que produce es digno de desaprobación (disvalor del resultado de la acción); pero, también, independientemente de la obtención del resultado, una acción que tienda a un resultado reprobable es digna de desaprobación (disvalor de la acción); por ejemplo, la introducción de la mano del carterista en el bolsillo vacío.” (WELZEL, H., *op. cit.*, p. 2).

⁵¹⁶ WELZEL, H., *op. cit.*, p. 4 [Destacado original].

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 3.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 5. Se observa que tras la opción por diferenciarse del modelo preventivo-negativo y dirigir la operación del castigo no hacia el valor del resultado sino hacia el valor del acto, subyace un imperativo estratégico-funcional: no se trata de reemplazar el sustrato normativo que legitima la práctica punitiva sino de dotarla de una organización institucional que maximice su eficacia de cara a su finalidad –indiscutida– de salvaguardar el orden instituido: “Solamente sobre el aseguramiento de los valores elementales ético-sociales de la acción, puede lograrse un *amparo amplio y duradero de los bienes jurídicos*. Mediante la función ético-social del derecho penal, más amplia, *se garantiza en forma más comprensiva e intensa el amparo de los bienes jurídicos*, que con la mera idea del amparo de esos bienes.” (*Ibid.*, pp. 4-5 [Destacado agregado]).

El derecho penal cumple su función de control social moldeando la subjetividad de los destinatarios de las normas cuya fuerza coactiva reafirma a través de la amenaza e imposición fáctica del mal simbólicamente ligado a la infracción que se declara lo justifica. La mecánica coactiva (violenta) se muestra funcionalmente subordinada y justificada por una operación afirmativa que busca implantar en el individuo “las orientaciones precisas para funcionar satisfactoriamente en un rol”⁵¹⁹. Se advierte que el castigo asume un rol socializador en el sentido apuntado por Durkheim. Para éste la función de la educación era instalar en la consciencia particular el “sistema de ideas, de sentimientos y de costumbres” constitutivos del ser social y de ese modo lograr la uniformidad subjetiva imprescindible para la unidad del colectivo⁵²⁰. Al favorecer la internalización de las directrices idóneas para el desempeño de las funciones que le son estructuralmente adscritas, la práctica punitiva participa del proceso de socialización pedagógica merced al cual se imprime el ser colectivo en cada ser individual. Si, como sostienen Berger y Luckmann, los roles representan el orden institucional⁵²¹, (re)forzar dicha identidad *es* reforzar la vigencia del orden que la define. Para Welzel de lo que se trata entonces es de intervenir sobre la “permanente tendencia positiva del actuar humano”⁵²² logrando que interiorice lo que llama “sentir legal”:

Sentir, entendido como estar dispuesto, o resuelto, o querer, es la conducta psíquica permanente, el modo constante de valorar y querer. En este sentido hay también un sentir legal (jurídico), consistente en la voluntad constante de cumplir los deberes jurídicos. Para este sentir *jurídico*, resulta indiferente que los motivos determinantes sean más bien los del interés egoísta, o los de la conciencia del valor (del cumplimiento del deber). El derecho debe ejercer su influjo sobre todos esos factores: mediante su contenido de valor, sobre la conciencia moral; mediante su permanencia, sobre la costumbre; y mediante la fuerza del derecho, sobre los instintos egoístas. Despertar, crear y conservar ese sentir jurídico legal,

⁵¹⁹ PARSONS, T., *op. cit.*, p. 217.

⁵²⁰ DURKHEIM, É. 1922., *op. cit.*, p. 52.

⁵²¹ BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, p. 97.

⁵²² WELZEL, H., *op. cit.*, p. 4.

constituye una de las misiones fundamentales del derecho, ante todo del derecho penal y del derecho público.⁵²³

El castigo se orienta a (re)producir en los sujetos ese modo de valorar y querer siempre fiel al derecho como “conducta psíquica permanente”⁵²⁴. Claro está que ambiciona mucho más que influir sobre su actuar externo disuadiéndolos de acciones lesivas. Su objetivo es la emergencia, fijación y conservación de una disposición subjetiva favorable al contenido substantivo consagrado en las normas y en los bienes jurídicos que el derecho penal en lo inmediato protege:

Por el hecho de que pone en evidencia la vigencia inquebrantable de los deberes ético-sociales elementales, sancionando a quienes los lesionan, [la pena] *modela y consolida eficazmente el juicio moral y el sentido jurídico de los hombres* sometidos a una comunidad de derecho.⁵²⁵

Se observa un punto de partida muy diverso al antes visto y una pretensión de intervención sobre la subjetividad mucho más fuerte. Ya no se presupone en los destinatarios de las normas y del castigo un determinado modelo antropológico como dato intrínseco a su naturaleza (y por tanto intangible) al que el derecho no puede sino atenerse si pretende efectividad (la racionalidad estratégica del *homo oeconomicus*, por ejemplo). Antes bien, aquí la subjetividad humana se concibe como una esfera plenamente maleable, susceptible de formarse y reformarse desde el exterior mediante instrumentos deliberadamente diseñados con dicho objeto, esto es, *dispositivos pedagógicos*. El derecho no se atiene a una subjetividad dada para, entonces, haciendo suya la racionalidad con la que naturalmente se desenvuelve, incidir sobre sus procesos motivacionales de modo tal de regular su externalización en consonancia con los cauces institucionalmente definidos del correcto obrar externo; ahora actúa en una fase previa, en el proceso de internalización del sentido y los sentimientos que están en la base de ese obrar. Dicho de otro modo, la pena ya no actúa sobre una personalidad pre-constituida para evitar que exteriorice

⁵²³ *Ibid.*, p. 5 [Destacado original].

⁵²⁴ *Ibid.*, pp. 4-5.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 7 [Destacado agregado].

su voluntad de determinados modos, sino que participa en la constitución misma de esa personalidad introduciendo en su voluntad la permanente disposición a afirmar los valores sociales, disposición interna que *a fortiori* tendrá por correlato un actuar externo conforme a derecho. La protección del orden se alcanza configurando positivamente la identidad de los sujetos, inscribiendo su singularidad subjetiva dentro de las categorías universales de la subjetividad colectiva institucionalmente objetivadas en el derecho. Operando el tránsito desde el ser individual al ser social, se articula una subjetividad acorde con los principios subyacentes al ordenamiento.

Si la misión del derecho penal es “amparar los valores elementales de la vida de la comunidad”⁵²⁶, limitarse a proteger los concretos bienes jurídicos individuales evitando su lesión material no es el modo más adecuado de lograrlo. Lo esencial, en cambio, es asegurar “la validez real (la observancia) de los valores del actuar según el pensamiento jurídico”⁵²⁷. Si para Durkheim la educación apunta a introducir los “sistema de ideas, de sentimientos y de costumbres” definitorios del ser social, para Welzel el derecho ha de operar con idéntica amplitud sobre la subjetividad de sus destinatarios: “mediante su contenido de valor, sobre la conciencia moral; mediante su permanencia, sobre la costumbre; y mediante la fuerza del derecho, sobre los instintos egoístas”⁵²⁸.

En esta pretensión de configurar la identidad de los sujetos de acuerdo a los roles que les son socialmente asignados y exigidos, se confirma la naturaleza pedagógica del castigo: su función es (re)establecer la congruencia entre las (naturalmente heterogéneas) individualidades particulares y la identidad institucionalmente definida como “co-

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 1 [Destacado original].

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 3.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 5. Esta pretensión de modelar la totalidad de la identidad del sujeto demanda que el castigo opere simultáneamente en más de un plano: “La pena la sufre el autor y la presencian sus contemporáneos como personas, tomadas en su integridad, estructuradas con varias funciones, vale decir, en su función superior personal del conocer y querer, y en su función inferior de los instintos, aspiraciones y sentimientos. La naturaleza y la función de la pena solamente pueden ser entendidas en esa doble relación con la persona. La primera relación afecta el sentido entendible de la pena (problema del sentido de la pena); la segunda, a su fuerza de impresión, que se refiere a su vivencia (problema de impresión de la pena).” (*Ibid.*, p. 233).

recta”, garantizando así el mínimo de homogeneidad social imprescindible para la subsistencia del orden instituido.

Esta operación orientada a (re)constituir la subjetividad de los agentes sociales de acuerdo a los cánones jurídicamente consagrados tiene lugar mediante una praxis punitiva cuyo mensaje pedagógico se formula de modo *despersonalizado*, es decir, merced a la pública declaración de la vigencia incólume de los valores ético-sociales que sostienen el edificio social; validez que, primero, es discursivamente formulada a través de los deberes codificados en normas a cuya inobservancia le es asociada un castigo y, luego, es simbólicamente reforzada desde la facticidad de su efectiva imposición a quienes, violándolos, traicionan la confianza que en ellos deposita la comunidad⁵²⁹. El contenido de valor así expresado es internalizado por los actores que, de este modo, aprenden el modo “correcto” de comportarse, es decir, aquel que, según su posición social, les corresponde. La mecánica pedagógica permite que conciban como “suyo” aquel “sentir jurídico” sobre el que se funda y estabiliza en el tiempo una invariable disposición a observar las reglas jurídicas y a subordinar la propia voluntad a la voluntad jurídicamente instituida. Su identidad se (re)define asumiendo como propio el rol que institucionalmente se les asigna, adoptando una actitud de permanente fidelidad al derecho o, lo que es lo mismo, de obediencia –mediatamente, hacia la autoridad política que lo produce: el Estado–.

Esta misma finalidad puede, claro está, obtenerse por otras vías. La modalidad alternativa intuitivamente más evidente es aquella donde la función pedagógico-formativa se dirige no a la generalidad de los sometidos al derecho sino específicamente al individuo –actual o potencial infractor– cuya subjetividad ha de (re)modelarse de acuerdo a los patrones de “corrección” o “normalidad” institucionalizados. En este supuesto la

⁵²⁹ La dimensión expresiva de *reproche moral* [véase *supra*. §III.2.2.2.] es sin duda central en Welzel: “El derecho penal asegura [la] real observancia [de los valores que constituyen el substrato ético-social de sus normas] determinando pena para quienes se apartan de ellas a través de acciones *infieles, indisciplinadas, deshonestas, desleales*.” (*Ibid.*, p. 3 [Destacado agregado]). Cfr. ALCÁCER GUIRAO, R. 2004., *op. cit.*, pp. 70-1.

función social que justifica la pena adopta la forma de una “pedagogía inmediatamente individual”.

2.6.2. Pedagogía (inmediatamente) individual: resocialización

Si en la versión anterior el castigo opera pedagógicamente sobre la colectividad en general, cabe preguntarse por el rol que en ese escenario juega el individuo castigado. Y la respuesta es que desempeña uno secundario y puramente instrumental: es el soporte físico y medio fungible que se juzga idóneo para transmitir el mensaje educativo a la sociedad. En calidad plataforma material de un discurso dirigido a terceros, su individualidad sólo cobra relevancia en atención a su (dis)funcionalidad para dicho fin, es decir, según el potencial expresivo que castigarlo a *él* (y no a otro) represente. En todo lo demás el sujeto en su unicidad carece de importancia para la justificación de la práctica que contingentemente lo utiliza⁵³⁰.

La objeción hacia esta instrumentalización del castigado –en general planteada desde un punto de vista no funcional sino normativo– constituye el núcleo de la crítica estándar contra los modelos que, sobre la base de una ética de cuño consecuencialista y en particular utilitarista⁵³¹, postulan la prevención como función de la pena⁵³². Empero,

⁵³⁰ Dimensión instrumentalizadora cuya manifestación extrema encontramos en el modelo sacrificial del “chivo expiatorio” [véase *supra*. §III.2.3.] y que, como enseguida veremos, constituye la crítica estándar contra los modelos de justificación “relativos” de la pena, esto es, consecuencialistas y, por regla general, utilitaristas.

⁵³¹ Como señala Christie, bajo la lógica prevencionista el sistema penal “[i]mpone dolor para favorecer los intereses de otras personas. Si los que están sufriendo mejoran, sea en hora buena; pero la meta principal es beneficiar al público en general.” (CHRISTIE, N., *op. cit.*, p. 48). Welzel, por ejemplo, –cuyo decido énfasis por el efecto social-general de la pena lo haría a nuestro juicio acreedor de la misma crítica que plantea– es tajante al respecto: “El utilitarismo de las teorías de finalidad separa forzosamente el derecho penal de su base ética” (WELZEL, H., *op. cit.*, p. 237). Sobre el utilitarismo en Bentham, Mill y Beccaria, véase *supra*. §III.2.5.1.

⁵³² Por ejemplo, Baumann, en una línea de razonamiento de clara raíz kantiana [véase *supra*. §III.2.4.], señala: “A mi juicio, es inadmisibles considerar en forma agravante los criterios de prevención general en el castigo individual. De esta manera, el hombre se convertiría en instrumento para el mantenimiento del orden social. *Pero él no es el instrumento, sino el fin de este orden*. Si se adoptara esta interpretación de la prevención general –que considero desacertada–, el individuo tendría que cargar con mayores dolores para evitarlos a los demás. Ordenar este *dolor de reemplazo* no puede constituir un asunto del orden jurídico.” (BAUMANN, J., *op. cit.*, p. 18 [Destacado agregado]). Obsérvese cómo el recurso de

como más adelante sostendremos⁵³³, a nuestro juicio no cabe ver en esto un defecto de algunos modelos sino un aspecto consustancial a la práctica punitiva. Si bien esta consecuencia instrumentalizadora puede en efecto derivar de una deficiente formulación de las teorías o de la práctica organizada a su alero, su ubicuidad no depende de ese dato contingente sino que denota un elemento estructural a la mecánica del castigo, un rasgo en última instancia inextirpable, inherente a su condición de instrumento de control social a través del cual se ejerce la violencia conservadora del orden instituido. Se trata, por tanto, de una “crítica” susceptible de extenderse –en diversos grados– a todas las propuestas⁵³⁴: el castigo por necesidad comportará siempre la instrumentalización del castigado para fines sociales que lo trascienden. En rigor, de no ser así, es decir, de no desempeñar una función a nivel general más allá del caso y del individuo en que concretamente se ejecuta, esta investigación sobre la operación fáctica de la pena carecería de sentido⁵³⁵.

Que todo esfuerzo por erradicar del castigo este efecto instrumentalizador⁵³⁶ sea en vano, lo evidencia, por ejemplo, la opinión que normalmente merece a quien lo sufre el castigo que se le impone: para él la pena institucionalmente legitimada se muestra siempre como violencia. Tómese como muestra el siguiente relato ficticio en que Beccaria atribuye al “malhechor” el siguiente razonamiento típico:

¿Cuáles son (*dice*) estas leyes, que yo debo respetar, que dejan tan grande diferencia entre mí y el rico? Él me niega el dinero que le pido, y

Baumann a la idea de “dolor de reemplazo” evidencia la similitud estructural entre la instrumentalización criticada a las teorías prevencionistas (por regla general utilitaristas y liberales, es decir, paradigmáticamente “modernas”) [véase *supra*. §III.2.5.1.] y la que caracteriza a la dinámica sustitutiva de la pena como sacrificio en el modelo del “chivo expiatorio” (por regla general, asociado a prácticas “primitivas”, “pre-modernas”, “colectivistas”, etc.) [véase *supra*. §III.2.3.].

⁵³³ Véase *infra*. §III.3.4.

⁵³⁴ Como se anunció al momento de revisar la función expiatoria [véase *supra*. §III.2.3.]. El hecho de que la “crítica” se aplique al conjunto en su totalidad, ciertamente pone en duda su potencial crítico que lógicamente presupone una posición diferencial entre la parte que la enuncia y aquella a quien se dirige (de ahí las comillas).

⁵³⁵ Ya que –tal como entendemos el concepto [véase *supra*. §I.1.2.; §I.1.3.]– equivaldría a sostener que carece de *función*.

⁵³⁶ Eje central de la propuesta retribucionista de justificación de la pena [véase *supra*. §III.2.4.] y también, como a continuación veremos, del presente modelo de pedagogía inmediatamente individual.

se excusa con mandarme un trabajo que no conoce. ¿Quién ha hecho estas leyes? Hombres ricos y poderosos, que no se han dignado ni aun visitar las miserables chozas de los pobres, que nunca han dividido un pan duro y amohecido entre los inocentes gritos de los hambrientos hijuelos y las lágrimas de la mujer.⁵³⁷

Si suspendemos la posición –cimentada en una pretendida superioridad ética o intelectual– que descalifica *a priori* un juicio de este tipo tachándolo de mera retórica oportunista de quien hasta el último minuto no busca sino eludir un castigo que “sabe merecido”; podremos advertir que la percepción de la pena como una práctica que *utiliza* al individuo imponiéndole una normatividad que le resulta ajena –una normatividad que se le presenta como pura facticidad–, remite al complejo problema de la violencia inherente a la cotidiana operación conservadora del derecho y, por derivación, del castigo *qua* herramienta de control social⁵³⁸. Así lo intuye, varios siglos después, Roxin:

...dentro del marco de lo merecido *toda pena*, dado que se le impone al sujeto contra su voluntad, *supone tratar al afectado como medio para un fin que primariamente no es el suyo*; y que ese fin sea de tipo preventivo-social o, por el contrario, ideal (retribución compensadora de la culpabilidad), no cambia en nada el hecho de que *el condenado es siempre el objeto del poder coercitivo del Estado*. Considerar esto inadmisiblemente significaría que el Estado debería renunciar absolutamente a la pena y a la coerción, de lo cual no ha sido capaz todavía ningún ordenamiento jurídico conocido.⁵³⁹

Ahora, desde el momento en que nos preguntamos por la (in)validez de esta violencia instrumentalizadora que a través del castigo se ejerce sobre el castigado, transitamos a un área que escapa a los límites de una investigación abocada a la *función* del derecho penal para inquirir por su *legitimidad*. Sin embargo aquí, como en todos los mode-

⁵³⁷ BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 279. Beccaria expone este “razonamiento” en el marco de una crítica (estratégico-funcionalmente fundada) a la eficacia de la pena de muerte, en particular para caracterizar la motivación criminal como un (irracional) acto de rebeldía respecto al cual la fugacidad del sufrimiento que la pena de muerte representa para el malhechor la torna en mecanismo de neutralización impotente (ineficaz como contra-motivo sensible: véase *supra*. §III.2.5.1.). No obstante ello, resulta también pertinente para nuestro argumento.

⁵³⁸ Véase *supra*. §II.1.3.

⁵³⁹ ROXIN, C. 1994., *op. cit.*, p. 102 [Destacado agregado].

los, el vínculo es sumamente estrecho: la articulación institucional que determina el modo de operar de la pena se orienta a producir un efecto que a su vez viene determinado y condicionado por un discurso normativo que legitima la práctica y regulativamente dirige su organización en consecuencia. Si como introducción al presente modelo remitimos a la objeción contra la instrumentalización estatal del sujeto-delincuente, es porque la teoría que le asigna al castigo una función “pedagógica inmediatamente individual” es la que plantea de modo más directo la intención de superar –al interior de una categoría genéricamente concebida en términos prevencionistas⁵⁴⁰– dicha objeción promoviendo un giro cualitativo del foco de atención hacia la persona del castigado.

⁵⁴⁰ Es decir, manteniéndose al interior del modelo *consecuencialista-utilitarista* al que suele dirigirse la crítica de instrumentalizar al individuo en pos del bienestar social.

(a) Pedagogía y subjetivación: terapia normalizadora

Continúa con el mismo aspecto de golfo y aun semisalvaje de siempre.

Es un abúlico y un débil mental, que ha sufrido además los ejemplos de una familia completamente anormal (hijo de madre soltera que vivía amancebada y que al abandonarla hace unos 4 años el padre de este menor se amancebó con otro hombre) y ha vivido en un gran abandono moral.

No creemos que este muchacho pueda dar mucho sí y el esfuerzo del educador ha de dirigirse principalmente y en primer término a despertar en el espíritu de este menor el sentido moral que está en él muy atrofiado.

Dictamen médico-psicológico realizado a petición del Tribunal Tutelar de Menores de Barcelona en 1921. (Menor de 11 años detenido por vagancia)⁵⁴¹

Bajo esta categoría encontramos la función de la pena tradicionalmente denominada “prevención especial positiva”⁵⁴². El adjetivo “especial” alude a la particularización del objeto sobre el que recaen los efectos de la pena: de la sociedad como objeto “general” se pasa al delincuente, objeto “especial”. Por su parte, el elemento “positivo”

⁵⁴¹ Citado en: CANO LÓPEZ, F. 2004. La influencia del positivismo en la criminología y penología españolas: orígenes y primeros pasos de la prevención especial como fin de la punición. En: RIVERA BEIRAS, I. (Coord.), *op. cit.*, p. 75.

⁵⁴² Sobre la “prevención especial positiva” como modelo de justificación funcional del castigo, véase: LISZT, F. v., *op. cit.*, pp. 122-4; BETTIOL, G., *op. cit.*, pp. 189-90; MEZGER, E., *op. cit.*, pp. 374-8; WELZEL, H., *op. cit.*, pp. 239-40; ROXIN, C. 1966., *op. cit.*, pp. 15-7; ROXIN, C. 1994., *op. cit.*, pp. 85-9; MUÑOZ CONDE, F. 1975., *op. cit.*, p. 72; MIR PUIG, S. 2003., *op. cit.*, p. 55-9; JESCHECK, H.-H., *op. cit.*, pp. 74; 78-80; HASSEMER, W. 1984., *op. cit.*, pp. 352-79; HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 151-9; SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 1992., *op. cit.*, pp. 26-33; JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, pp. 29-34; ETCHEBERRY, A., *op. cit.*, pp. 32-3; GARRIDO MONTT, M., *op. cit.*, pp. 75-6; BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H., *op. cit.*, pp. 50-2; LESCH, H. H., *op. cit.*, pp. 57-66; POLITOFF, S.; MATUS, J. P. y RAMIREZ, C., *op. cit.*, pp. 63-4; CURY, E., *op. cit.*, pp. 68-71.

alude a lo que aquí llamamos función “pedagógica”: no se trata de rechazar ciertos tipos de conducta como indebidos sino de *afirmar* los “correctos”.

Los conceptos usualmente formulados al alero de este modelo son los de “resocialización”, “reeducación”, “reinserción”, “rehabilitación”, etc. Tras el persistente recurso al prefijo “re-” subyace una idea de suma importancia, a saber, que la conducta delictiva que da lugar a la pena posee una génesis localizable en la historia personal del castigado; en un momento dado circunstancias externas lo condujeron a “desviarse” del modo “normal” de comportarse⁵⁴³ determinando su *des*-socialización. Luego, el origen de la criminalidad no debe buscarse sólo en la subjetividad del delincuente para fundar sobre ella un juicio de responsabilidad moral individual por el actuar indebido⁵⁴⁴, sino también en el entorno en que –de modo, en gran parte, involuntario– éste ha debido desenvolverse.

Puede advertirse que el origen de este modelo se inscribe en el mismo marco que aquel que asigna a la pena la función de inhibir fácticamente el actuar delictivo inocuizando al delincuente⁵⁴⁵, es decir, en el contexto intelectual de consagración del positivismo-naturalista durante el siglo XIX, plataforma epistemológica construida en directa oposición al idealismo-racionalista ligado a la Ilustración.

Así, para la llamada “escuela liberal clásica”⁵⁴⁶ –representante en el ámbito jurídico-penal del modelo ilustrado– la atención estaba totalmente puesta sobre el derecho; el delito se define exclusivamente por su condición de evento vulnerador del derecho, es decir, de infracción. En su versión liberal-contractualista, el crimen es ruptura de la ley, y no ya de la ley natural –cuya desobediencia supone una falta moral o religiosa– sino de la ley civil explícitamente establecida por el poder político⁵⁴⁷: “[a]ntes de la existencia

⁵⁴³ Es decir, del modo *socialmente consagrado como* “normal”. Véase *infra*. §III.3.4.

⁵⁴⁴ Posición paradigmáticamente representada por el retribucionismo con su énfasis en la culpabilidad: véase *supra*. §III.2.4.

⁵⁴⁵ Véase *supra*. §III.2.5.2.

⁵⁴⁶ Cfr. BARATTA, A. 1982., *op. cit.*, pp. 21-7

⁵⁴⁷ Cfr. FOUCAULT, M. 1973., *op. cit.*, p. 96.

de la ley no puede haber infracción”⁵⁴⁸; de ahí el crucial rol que pasa a desempeñar el principio de legalidad. La acción es delito en tanto transgresión de la ley positiva que la colectividad convencionalmente instituye para sí misma. Por tanto, mediatamente, lo que el sujeto quebranta es el “contrato social” que el mismo ha suscrito. Las consecuencias más radicales de esta lectura las extrae Rousseau:

...todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte en rebelde y traidor a la patria; deja de ser un miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable es menos como ciudadano que como enemigo. Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y, por consiguiente, de que ya no es miembro del Estado.⁵⁴⁹

Desde esta perspectiva el crimen, antes que *daño* (fáctico), es *infracción* (normativa). Como sostiene Carrara, “el delito *no es un ente de hecho, sino un ente jurídico*”⁵⁵⁰, su esencia reside en la violación de un derecho⁵⁵¹. Para Baratta, considerarlo un ente netamente jurídico significa

...abstraer el hecho del delito del contexto ontológico que lo liga, por una parte, a toda la personalidad del delincuente y a su historia biológica y psicológica, y por otra, a la totalidad natural y social en la que se inserta su existencia.⁵⁵²

Tanto la función retributiva como la preventivo-disuasiva⁵⁵³ se articulaban sobre determinados modelos antropológicos que, abstrayendo al sujeto de su contexto fáctico-

⁵⁴⁸ FOUCAULT, M. 1973., *op. cit.*, p. 97. Véase, por ejemplo, HOBBS, T., *op. cit.*, p. [§XXX] 104; y NIETZSCHE, F. 1887., *op. cit.*, p. [§11] 110.

⁵⁴⁹ ROUSSEAU, J. J., *op. cit.*, pp. 34-5.

⁵⁵⁰ Citado en: BARATTA, A. 1982., *op. cit.*, p. 29 [Destacado original].

⁵⁵¹ Citado en: *Ibid.*, p. 29.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 31. Paradigma que Christie extiende al “neoclasicismo” según el cual “[e]l factor decisivo es el crimen o el delito (el pecado), no los deseos de la víctima, no las características individuales del culpable, no las circunstancias particulares de la sociedad local.” (CHRISTIE, N., *op. cit.*, p. 60).

⁵⁵³ Véase *supra*. §III.2.4. y *supra*. §III.2.5.1., respectivamente.

ontológico, le asignan una específica racionalidad *qua* atributo intrínseco a su naturaleza y, por ende, universal:

Como comportamiento, el delito surgía de la libre voluntad del individuo, no de causas patológicas, y por ello, desde el punto de vista de la libertad y de la responsabilidad moral de las propias acciones, el delincuente no era diferente, según la escuela clásica, del individuo normal.⁵⁵⁴

Ahora, para concebir el delito como ente puramente jurídico, en el núcleo de dicho modelo antropológico debe incluirse un rasgo primordial. Si, como señala Carrara, la esencia del crimen radica en su carácter de violación del derecho, para que un acto se constituya en una transgresión tal es imprescindible que pueda considerarse producto de la *libre voluntad del sujeto*. La racionalidad pragmático-estratégica del *homo oeconomicus* que, según vimos, sopesa costos y beneficios antes de elegir entre cursos de acción alternativos, presupone analíticamente que el sujeto posee la capacidad de elegir, es decir, que es *libre*⁵⁵⁵. El sujeto jurídico dotado de libre voluntad se construye sobre la base de este modelo antropológico de modo puramente conceptual, disociado del sujeto real, para luego superponérsele y, desde el punto de vista del aparato institucional, sustituirlo⁵⁵⁶. Este presupuesto, sobre el que se cimientan también los modelos retributivos basados en el principio de culpabilidad⁵⁵⁷, supone para Baratta una doble “hipóstasis racionalista de entidades abstractas”:

La hipóstasis de este acto [el delito] frente al microcosmos constituido por la historia psicobiológica del sujeto, y la hipóstasis de este sujeto, el individuo, dentro del microcosmos de la realidad natural y social, habían permitido la formación de un sistema penal basado en la ‘objetividad’ del delito.⁵⁵⁸

⁵⁵⁴ BARATTA, A. 1982., *op. cit.*, p. 23

⁵⁵⁵ Véase *supra*. §III.2.5.1.

⁵⁵⁶ Como, criticando a Hegel, Marx retóricamente pregunta: “¿No es un engaño sustituir al individuo con sus motivaciones reales, con las múltiples circunstancias sociales que lo condicionan, por la abstracción del ‘libre albedrío’ –en cuanto cualidad del hombre en sí–?” (MARX, K. 1853., *op. cit.*, p. 36).

⁵⁵⁷ Véase *supra*. §III.2.4.

⁵⁵⁸ BARATTA, A. 1982., *op. cit.*, p. 31

En oposición a este concepto ideal de individuo en que recibe manifestación jurídico-penal el idealismo ilustrado, es que se consolida en el siglo XIX el discurso positivista-naturalista a partir del cual éste deja de definirse por la abstracción de una naturaleza que le es inmanente: su personalidad se re-define ahora como el producto contingente de la convergencia de un serie de variables que desde el exterior determinan exhaustivamente su concreta configuración. Para este discurso, paradigmáticamente representado por el positivismo criminológico⁵⁵⁹,

...la creencia en el libre albedrío del ser humano es una superchería, ya que su voluntad está constreñida por factores biológicos, psicológicos o sociales, a la investigación de los cuales debe dedicarse la criminología.⁵⁶⁰

Contra el concepto abstracto propio del idealismo el positivismo propone la noción de una subjetividad humana absolutamente determinada: el crimen no deriva de una indemostrable libre voluntad del criminal sino de un conjunto de causas empíricas (biológicas, psicológicas, sociales, etc.) que desde el exterior determinan su personalidad en general y la exteriorización del actuar delictivo en particular. Se produce aquí un giro significativo: el delito deja de considerarse un “ente jurídico” para constituirse en “ente natural”⁵⁶¹. El fenómeno criminal aparece como un “dato ontológico pre-constituido a la reacción social y al derecho penal”⁵⁶² susceptible de estudiarse en sus causas con independencia de éstos (de ahí la configuración de la criminología como disciplina autónoma).

Herederero de este discurso es, según vimos, Liszt. Sobre la base epistemológica del positivismo criminológico, construye su teoría en oposición a la concepción idealista del delito como entidad jurídica, y consolida el desplazamiento del foco de atención

⁵⁵⁹ Sobre el positivismo criminológico véase, entre otros: BARATTA, A. 1982., *op. cit.*, pp. 21-4; 31-4; CANO LÓPEZ, F., *op. cit.*, pp. 67-74.

⁵⁶⁰ CANO LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 71.

⁵⁶¹ BARATTA, A. 1982., *op. cit.*, p. 32.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 34.

desde el derecho, sus normas y sus abstractas conceptualizaciones del actuar delictual, hacia el delincuente mismo en su concreta singularidad, en su realidad natural o material:

De retribución sólo podemos hablar frente a un hecho concreto, y éste es inseparable de la persona del autor. Trátese de un episodio de su vida caracterológica, trátese de una expresión de su más íntima esencia, no hay delito que no sea cometido por el delincuente. Hecho y hechor no son contradictorios [...] sino que el hecho es del hechor. [...] Sólo a partir del hecho concreto puede ser determinada la medida de la retribución. [...] Pero la opinión prevaleciente determina la pena para un hecho sin hechor; lo cual quiere decir que sus penas corresponden al concepto de delito, a la abstracción que de los hechos concretos han hecho la legislación y la ciencia. Ella se pregunta: ¿qué pena merecen el hurto, la violación, el asesinato, el falso testimonio? Debiera preguntar: ¿qué pena merecen este ladrón, este asesino, este testigo falso, este autor de abusos deshonestos? [...] *No es el concepto el que es castigado, sino el autor; por eso la medida de la pena no debe regirse por el concepto, sino por el hecho del hechor.*⁵⁶³

Si el crimen es un fenómeno natural y, por tanto, ontológicamente pre-existente a la categorización-nominación que desde la esfera jurídico-institucional lo define como tal⁵⁶⁴, explicarlo exige comprender la subjetividad de quien lo protagoniza como el producto de ciertas variables materiales que definen su contenido y disposiciones volitivas en dirección contraria a la jurídicamente instituida. La pena como instrumento para el control de la desviación debe desechar la abstracción del libre albedrío e intervenir sobre el concreto individuo en que la voluntad desviada surge; en particular, debe dirigir su atención hacia las causas que contextualmente determinan la génesis de la personalidad

⁵⁶³ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 128-9 [Destacado agregado].

⁵⁶⁴ Según vimos, Durkheim es de la opinión contraria. Para él el delito no pre-existe ontológicamente como autónoma entidad natural sino que es el producto de las normas y convenciones sociales en un momento y tiempo determinado. (MONCLÚS MASÓ, M. 2004. La sociología del castigo en Émile Durkheim y la influencia del funcionalismo en las ciencias penales. En: RIVERA BEIRAS, I. (Coord.), *op. cit.*, p. 133).

criminal que el crimen sintomatiza⁵⁶⁵. El delito es expresión de una subjetividad modelada por causas externas a la voluntad de un individuo íntegramente sometido a determinaciones naturales que, en este sentido, lo constituyen en un ser *enfermo*:

El criminal será estudiado como un ser enfermo, como un esclavo de su herencia patológica (determinismo biológico), o impelido por procesos causales que está incapacitado para encauzar (determinismo social); *la reacción contra él será no ya política, sino natural*: el cuerpo sano de la sociedad que reacciona contra la parte enferma.⁵⁶⁶

De esta suerte, el hecho asume una posición subordinada de cara al sujeto que lo protagoniza⁵⁶⁷; como señala Liszt, lo castigado es el delincuente, no el delito⁵⁶⁸. Y si no es el acto *en tanto* infracción normativa el que, definiendo al crimen como crimen, justifica el castigo, este fundamento habrá de buscarse en la personalidad del delincuente, en particular, merced a la incorporación de un nuevo y fundamental concepto, el de *peligrosidad*. En palabras de Foucault:

...la gran noción de la criminología y la penalidad de finales del siglo XIX fue el escandaloso concepto, en términos de teoría penal, de peligrosidad. La noción de peligrosidad significa que el individuo debe ser considerado por la sociedad según sus virtualidades y no de sus actos; no por las infracciones efectivas de una ley también efectiva, sino por las virtualidades de comportamiento que ellas representan.⁵⁶⁹

Re-definir el delito transitando hacia la noción de peligrosidad como juicio hipotético-prospectivo (prognosis) sobre la potencialidad lesiva inherente a ciertas personali-

⁵⁶⁵ Como ya en 1877 acusa Binding, para las teorías relativas “el delito constituye sólo un síntoma para la existencia de un fundamento de la pena, que se encuentra ajeno a ella [...]. El auténtico fundamento de la pena en las teorías relativas es un peligro que se ha hecho patente por medio del delito...” (BINDING. 1877. p. 420, citado en: LESCH, H. H., *op. cit.*, pp. 69-70).

⁵⁶⁶ CANO LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 71 [Destacado agregado].

⁵⁶⁷ La pena se impone “no *quia peccatum est*, esto es, no por el *hecho mismo*, sino porque mediante el hecho el *autor* se ha mostrado como un factor perturbador de la sociedad. Bajo el aspecto de la prevención especial el hecho que se llevó a cabo –en palabras de Kohlrausch– ‘sólo se tiene en cuenta, en tanto es un síntoma de la capacidad de corrección o de incorregibilidad’.” (LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 65 [Destacado original]).

⁵⁶⁸ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 129.

⁵⁶⁹ FOUCAULT, M. 1973., *op. cit.*, p. 102.

dades “desviadas”, exige re-definir también la función social que desempeña el castigo⁵⁷⁰. Esto se logra a partir del mismo cuerpo de saber científico-positivo antes descrito. Según éste, el conocimiento de

...la regularidad del comportamiento humano basada en las leyes de la naturaleza concede la posibilidad de que, modificando su entorno, sus costumbres, su educación y, en general, todo lo que ha influido en su vida, el hombre pueda ser mejorado. La consecuencia para el Derecho penal es: esto mismo debe ser emprendido con el propio delincuente.⁵⁷¹

La incorporación de la noción de *socialización* vista a propósito de la función pedagógica inmediatamente social, supone un desplazamiento de la esfera en que la dimensión simbólico-expresiva de la pena opera hacia un momento anterior y conceptualmente independiente de la verificación fáctica del delito. Si la inhibición comunicativa se obtenía merced a la interposición de un contra-impulso que neutralizaba el impulso criminal en el marco de un proceso motivacional ya iniciado⁵⁷²; la función pedagógica opera en una fase previa: no sobre tendencias subjetivas pre-existentes, sino sobre la génesis y configuración de la estructura motivacional misma que de modo general determina la personalidad del actor. El interés no es ya evitar ciertas externalizaciones de la voluntad de un sujeto psíquicamente pre-constituido, sino (re)formar dicha personalidad. De esta suerte, la extensión, profundidad y duración del control que sobre su conducta el derecho penal obtiene, resulta significativamente potenciada. De lo que se trata es de modelar pedagógicamente la subjetividad para, como señalaba Durkheim, introducir en todo ser individual el ser social; se trata, en suma, de socializar⁵⁷³.

Cuando, sobre el revisado esquema positivista, Liszt afirma la necesidad de diversificar las respuestas punitivas de acuerdo a la diversidad de criminales, identifica

⁵⁷⁰ “Los criminales eran diferentes a la mayoría de la demás gente; y había que hacerles frente con métodos científicos. Había que internarlos o darles tratamiento, de acuerdo con las necesidades de cada criminal.” (CHRISTIE, N., *op. cit.*, p. 30).

⁵⁷¹ LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 54. Cfr. CANO LÓPEZ, F., *op. cit.*, pp. 70-3.

⁵⁷² Véase *supra*. §III.2.5.1.

⁵⁷³ Véase *supra*. §III.2.6.1.

una categoría respecto a la cual la función de la pena habrá de ser *correctiva*. Esta corrección –el “trasplante y fortalecimiento de motivos altruistas, sociales”⁵⁷⁴– concuerda precisamente con el sentido pedagógico que hemos asociado a la (re)socialización: según Liszt aquí la pena “opera como *artificial adecuación del delincuente a la sociedad*”⁵⁷⁵. Para Foucault:

...la penalidad del siglo XIX se propone cada vez menos definir de modo abstracto y general qué es nocivo para la sociedad, alejar a los individuos dañinos o impedir que reincidan en sus delitos. De modo cada vez más insistente, la penalidad del siglo XIX tiene en vista menos la defensa general de la sociedad que *el control y la reforma psicológica y moral de las actitudes y el comportamiento de los individuos*.⁵⁷⁶

Teniendo su raíz en el positivismo criminológico, esta pretensión de la pena de operar pedagógicamente como dispositivo de modelación normalizadora de la personalidad del penado, encontrará fiel representación en el llamado *correccionalismo* español. Destaca en este modelo su explicitación del componente *moral* que, según hemos dicho, resulta consustancial al aprendizaje socializador que se inculca coactivamente a través del castigo. De la mano de lo anterior, también trae a la superficie la naturaleza paternalista del rol que el Estado, en tanto detentador del *ius puniendi*, asume en este contexto⁵⁷⁷. Como sostiene Cano López, desde la perspectiva del correccionalismo

El Estado, que debe proporcionar a los individuos lo que requieran para que conjuguen la libre voluntad y la vida racional en sociedad, ayudará a aquel que sea incapaz de gobernarse a sí mismo. Uno de los más evidentes ejemplos de esa incapacidad lo proporciona el delincuente que, debido a su falta de voluntad, no puede disfrutar de una vida jurídica libre. El Estado, que tiene el deber de ayudarle, reaccionará imponiendo al infractor una pena privativa de libertad, o excepcionalmente una multa, para evitar que persevere en su degradación. Su corrección y enmienda

⁵⁷⁴ LISZT, F. v., *op. cit.*, p. 112.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 112 [Destacado agregado].

⁵⁷⁶ FOUCAULT, M. 1973., *op. cit.*, p. 101 [Destacado agregado].

⁵⁷⁷ La “ética de la rehabilitación” fue una “ética de *cuidado coercitivo*”. (BOTTOMS. 1980. p. 20, citado en: CHRISTIE, N., *op. cit.*, p. 64 [Destacado agregado]).

moral, que debe verificarse a través del tratamiento individualizado, es el único fin de la pena.⁵⁷⁸

Por cierto, con el repliegue que luego sufre el positivismo naturalista sobre el que se asienta esta concepción patologizante del delincuente y terapéutica de la pena, no desapareció el discurso que le asigna a ésta un rol pedagógico. Su traslación al correccionalismo donde subsiste cambiando el énfasis desde consideraciones psico-biológicas hacia la dimensión moral del criminal y de su corrección punitiva, así lo demuestra. Mas ni siquiera con el retroceso de este último, marcado por fuertes componentes religiosos (en particular, católicos), retrocede la concepción correctivo-terapéutica de la pena. Antes bien, cabría sostener que sólo tiempo después, con la consolidación del llamado “Estado de bienestar”, se verifica apogeo⁵⁷⁹. Con el auge del Estado de bienestar la sociedad en su totalidad, representada por la autoridad política, asume su responsabilidad por la génesis del crimen: el Estado repara las deficiencias en el desempeño de su rol paternal-pedagógico y, en beneficio del delincuente –el ciudadano perjudicado por su defectuoso actuar–, lo “resocializa” o “reeduca” a través de la pena⁵⁸⁰. Como señala Lesch:

⁵⁷⁸ CANO LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 66. El párrafo citado alude al pensamiento de K. Röeder, discípulo de K. C. F. Krause (1781-1832), cuya filosofía, hegemónica en la España del siglo XIX, sentó las bases del correccionalismo a través, por ejemplo, de Dorado Montero y su doctrina del “derecho protector de los criminales”. (Véase: *Ibid.*, pp. 64-7). Para Etcheberry el punto de vista extremo dentro de la prevención especial es el sustentado por la teoría correccionalista desarrollada por Röeder y sobre todo por Dorado Montero: “El delincuente es considerado un enfermo; la pena, un bien, y la imposición de la misma, un derecho del delincuente. Los delitos son exclusiva creación legislativa, y la pena sólo enseña al delincuente a gobernar sus actos de conformidad con la voluntad legislativa.” (ETCHEBERRY, A., *op. cit.*, pp. 32-3)

⁵⁷⁹ De acuerdo a Mir Puig, durante los años cincuenta-sesenta la “ideología del tratamiento” prima en Estados Unidos y en los países nórdicos, para ser introducida como finalidad de la pena en España – a nivel constitucional– en la década de los setenta, período que a su juicio coincide con el inicio de sus crisis en los primeros países. (MIR PUIG, S. 1989. ¿Qué queda en pie de la resocialización? Eguzkilore 2 (1989): 35-6). Para Lesch, bajo la rúbrica de “resocialización”, la prevención especial positiva dominó en la Alemania de los años sesenta-setenta; Hirsh habla de una “euforia de resocialización en los años sesenta”. (LESCH, H. H., *op. cit.*, pp. 56; 56 n. 164).

⁵⁸⁰ Según Hassemer, “a través del régimen penitenciario resocializador, costoso tanto personal como económicamente, la sociedad salda una parte de la culpa que tiene por la deficiente socialización de estas personas”. (HASSEMER, W. 1984., *op. cit.*, p. 353 [Destacado agregado]).

Se trataría de ‘retornar al camino correcto’ a quien se ha desviado, a aquel que no se ha adaptado correctamente a la sociedad, esto es, se trata de una *acto de ‘asistencia’ estatal*.⁵⁸¹

Como puede observarse, la intención de trastocar el valor de la pena es aquí radical: se busca despojarla de toda connotación negativa como violencia o sufrimiento para reinterpretarla en términos netamente positivos⁵⁸². Y este giro nada tiene de accidental o arbitrario sino que se sigue directa y necesariamente de la plataforma epistemológica sobre la que esta teoría se articula. Como vimos, si el criminal se entiende “víctima” de una patología, contra él la reacción ya no será política, sino natural⁵⁸³; el determinismo contextual que sobre él opera “hace que desaparezca todo carácter de retribución jurídica o de retribución ética de la pena”⁵⁸⁴. En este contexto la reprobación moral que juzgamos inherente al castigo carece de sentido⁵⁸⁵:

...el reproche del *hecho* mediante la pena en un sistema resocializador no tendría sentido, ya que el *hecho* [...] no puede sino ser visto como el síntoma de una enfermedad, y reprochar una enfermedad no es una reacción que pueda ser considerada adecuada en un mundo desmitificado.⁵⁸⁶

En este escenario, si el castigo adopta forma de violencia es sólo una apariencia, a lo más un momento transitorio en un proceso que a la larga resultará siempre favorable al castigado⁵⁸⁷. En este sentido es que se recurre a la idea de la pena como “tratamiento” en un sentido amplio que puede incluir –y de hecho incluye– intervenciones médicas,

⁵⁸¹ LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 56 [Destacado agregado].

⁵⁸² Premisa del correccionalismo es que “la pena no es un mal, sino un bien”. (CANO LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 66). También: ETCHEBERRY, A., *op. cit.*, p. 33.

⁵⁸³ CANO LÓPEZ, F., *op. cit.*, p. 71.

⁵⁸⁴ BARATTA, A. 1982., *op. cit.*, p. 33.

⁵⁸⁵ JESCHECK, H.-H., *op. cit.*, pp. 80-1.

⁵⁸⁶ LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 63 [Destacado original].

⁵⁸⁷ “[El tratamiento] podría también causar dolor; pero igualmente lo causan muchas curas, y *este dolor no tiene la finalidad de ser dolor, sino de ser una cura*. El dolor se vuelve así inevitable, pero éticamente aceptable.” (CHRISTIE, N., *op. cit.*, p. 27 [Destacado agregado]).

pero que no se reduce a ello⁵⁸⁸. Lo relevante es que, sobre la base de un cuerpo de saber presuntamente “científico”, la etapa de *ejecución* de la pena –que adquiere un rol protagónico a efectos de justificar la práctica punitiva⁵⁸⁹– se encuentra metódicamente diseñada de manera tal que cada una de sus fases, más allá de su manifestación inmediata, se encamine a la mejoría de un delincuente en la práctica redefinido como “paciente”⁵⁹⁰. De esta suerte, se produce el tránsito antes señalado y, como señala Mir Puig, la función asignada al castigo

...se refiere al individuo, no al hecho. Cada programa resocializador ha de adaptarse a las características de cada sujeto. La resocialización implica un tratamiento personalizado.⁵⁹¹

La pena funciona a nivel inmediatamente individual como dispositivo pedagógico que (re)introduce en la subjetividad del sometido a la pena-tratamiento el cuerpo de preceptos éticos básicos para lograr su re-normalización y subsecuente re-integración. Su mejoría equivale a su re-inserción social, y ésta demanda su re-educación en los valores imperantes en la colectividad a la que debe re-incorporarse. En última instancia, y contraste con las justificaciones de cuño liberal-ilustrado, para Lesch “el individuo es eliminado como persona libre y amoldado a las convicciones generales de forma coactiva”⁵⁹².

⁵⁸⁸ Como señala Christie, “lo que no se podía hacer justamente como castigo [‘mantener a los borrachos fuera de la circulación’, por ejemplo] no encontraría objeciones si se realizaba como *tratamiento*.” Esta “*ideología del tratamiento* estaba basada en los conceptos del pensamiento utilitario y científico. Los defensores del tratamiento aseguraban que era útil para el paciente, y al mismo tiempo estaban abiertos a la investigación.” (CHRISTIE, N., *op. cit.*, pp. 27; 33 [Destacado agregado]).

⁵⁸⁹ Énfasis en la etapa de ejecución del castigo cuyo inicio puede, no obstante, localizarse mucho antes con el nacimiento de la institución carcelaria en el marco del auge del capitalismo, donde la organización del presidio se orienta al disciplinamiento del castigado con fines laborales-productivos (constitución de la masa obrero-proletaria demandada por la industria). En palabras de Christie: “El estado liberal no era tan liberal cuando se trataba de establecer las condiciones externas para el libre flujo de la empresa económica. [...] El control de la desviación se volvió esencial para el desarrollo industrial.” (CHRISTIE, N., *op. cit.*, p. 31). Cfr. FOUCAULT, M. 1975., *op. cit.*

⁵⁹⁰ Cfr. CHRISTIE, N., *op. cit.*, p. 64.

⁵⁹¹ MIR PUIG, S. 1989., *op. cit.*, p. 37.

⁵⁹² LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 58.

(b) Pedagogía y subjetivación: penitencia expiatoria

*Mira hijo, el peccado, es como una poncoña que mata el Alma... por esso llora mucho hijo mio por tu anima, y aborrece esos peccados que te causan tanto mal. Un solo peccado mortal merece tormento de fuego, para siempre en el Infierno. Dime que sentirias si te pusiessen en el fuego un dia entero? Y si te hizinessen estar ardiendo diez dias que sentirias? Pues como estaras ardiendo en el Infierno un año? Y diez años? Y cien años? Y mil años en cuerpo y alma, y para siempre jamas sin fin?*⁵⁹³

L. de Valdivia (1617)

De acuerdo a la caracterización presentada, cabe incorporar en este apartado un modelo que en general recibe tratamiento bajo el concepto de *expiación*⁵⁹⁴. Como vimos⁵⁹⁵, el eje de lo que entendemos por función expiatoria reside en la operación sustitutiva: el sujeto materialmente castigado sirve instrumentalmente como depositario de un castigo que *prima facie* debía recaer sobre otro –usualmente: la generalidad del colectivo–. El foco de atención está puesto sobre ese efecto social y el concreto individuo que hace de “chivo expiatorio” resulta irrelevante en su unicidad. Este factor introduce una profunda diferencia entre ese modelo y el presente donde la pena persigue efectos –en

⁵⁹³ VALDIVIA, L. d. 1617. Arte y gramática general que corre en todo el Reyno de Chile, con un Vocabulario y Confesionario. Sevilla. Thomas López de Haro Impresor (1682). p. 30.

⁵⁹⁴ Sobre lo que en general se entiende por “expiación” como modelo de justificación del castigo, véase: RÍO, J. R. d., *op. cit.*, pp. 24-32; BETTIOL, G., *op. cit.*, pp. 176-7; 190; ROXIN, C. 1966., *op. cit.*, pp. 14-5; ROXIN, C. 1994., *op. cit.*, p. 85; BAUMANN, J., *op. cit.*, pp. 19-20; JESCHECK, H.-H., *op. cit.*, pp. 70; 72; JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 25; LESCH, H. H., *op. cit.*, pp. 18-20; RIVACOBA Y RIVACOBA, M. d., *op. cit.*, pp. 20-1; CURY, E., *op. cit.*, pp. 67-8.

⁵⁹⁵ Véase *supra*. §III.2.3.

apariencia⁵⁹⁶– inversos: con independencia de las eventuales consecuencias que a nivel general se sigan, el castigo actúa directamente sobre el castigado con el único objeto de reformar su personalidad. Sin embargo, como se anunció, ya en sus formulaciones tradicionales existe un tipo de expiación que exhibe una naturaleza diferente a lo antes presentado bajo ese nombre y que se asimila significativamente a la teoría que ve en la pena una función pedagógica inmediatamente individual.

Vimos que el concepto de expiación del cristianismo encontraba su prototipo en el sacrificio del propio Cristo quien, por esa vía, redime a la Humanidad del castigo divino del que por sus pecados se había hecho merecedora⁵⁹⁷: “Él es la víctima por nuestros pecados, por los pecados nuestros y de todo el mundo” (1 Juan 2:2). La pretensión de Cristo de concentrar sustitutivamente en su propio cuerpo el castigo que *prima facie* corresponde a los hombres se mantiene cuando, conducido a una muerte injusta –en tanto personalmente inmerecida⁵⁹⁸–, aboga ante Dios por la salvación de sus ejecutores: “Padre, perdónalos, porque no saben lo que hacen” (Lucas 23: 34).

Ahora bien, al interior del mismo credo existe una versión de la operación expiatoria que, teniendo como referente el sacrificio de Cristo⁵⁹⁹, recibe una significativa reformulación con objeto de poder incorporarse a la práctica cotidiana de los creyentes. En la específica forma de *penitencia*, la expiación adquiere el sentido que tradicionalmente se le atribuye en el marco de la discusión dogmática sobre los fines de la pena:

⁵⁹⁶ Véase *infra*. §III.3.4.

⁵⁹⁷ Cumpliendo, por lo tanto, un papel funcionalmente equivalente al del “chivo expiatorio” en los modelos sacrificiales. Véase *supra*. §III.2.3.

⁵⁹⁸ En el sentido en que, desde los modelos retribucionistas, la licitud del castigo se encuentra condicionada a su merecimiento entendido en términos de responsabilidad moral individual por un actuar previo incorrecto (culpabilidad). Véase *supra*. §III.2.4.

⁵⁹⁹ “[E]s indispensable para la salvación del pecador que le sea quitado el pecado. Lo cual no se puede conseguir sin el sacramento de la penitencia, *en que cual actúa la virtud de la pasión de Cristo* por la absolución del sacerdote en simultaneidad con los actos del penitente, el cual coopera con la gracia en la destrucción del pecado...” (AQUINO, T. s/a. *Suma de Teología*. Vol. V, Parte III e Índices. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos (1994). pp. [C.85 a.5] 771 [Destacado agregado]).

Generalmente, se entiende por *expiación* la acción y efecto de borrar las culpas o de purificarse de ellas por medio de algún sacrificio, y también el hecho de pagar la pena merecida por la culpa.⁶⁰⁰

La penitencia expiatoria constituye un mecanismo de purificación⁶⁰¹: con ella el individuo purga sus pecados (mal) con objeto de reconciliarse con el orden divino (bien) que con su actuar previo vulneró. Se advierte claramente que el fundamento normativo al que se apela es de naturaleza religiosa⁶⁰²:

⁶⁰⁰ RÍO, J. R. d., *op. cit.*, p. 24 [Destacado agregado].

⁶⁰¹ “Tiene [...] un significado o entidad moral o religiosa, referida a la interioridad del hombre y consistente en un sacrificio que lo purifica, eliminando o haciendo desaparecer de él toda reliquia o mácula de una maldad o un pecado que hayan recaído sobre los demás, pero también sobre Dios o sobre sí mismo...” (RIVACOBAS Y RIVACOBAS, M. d., *op. cit.*, p. 20). Alude también a su dimensión “purificadora”: ROXIN, C. 1966. Sentido y límites de la pena estatal. *En*: ROXIN, C. 1976. Problemas básicos del derecho penal. Madrid. Reus. p. 15; Roxin, 1997: 85.

⁶⁰² De ahí que el reproche de irracionalidad que se plantea contra el pensamiento retribucionista [véase *supra*. §III.2.4.], se reproduzca respecto a la expiación. En palabras de Lesch: “Una teoría de la expiación sólo puede ser defendida [...] –si es que puede ser defendida–, desde la base de una concepción metafísica, lo que chocaría con problemas de legitimación insuperables en un Estado secularizado y neutral. Por ello y con razón, hoy día no se tiene en cuenta la expiación como tarea principal de la pena.” (LESCH, H. H., *op. cit.*, pp. 19-20). Como plantea Roxin, afirmar que la pena expía al delincuente es algo sólo concebible por un “acto de fe, que, como [...] no le puede ser impuesto a nadie, no es válido para la fundamentación, vinculante para todos, de la pena estatal.” A su juicio, no cabe imponer un castigo “en nombre de Dios”; “en una época que deriva todo poder estatal del pueblo, la legitimación de medidas estatales con la ayuda de poderes trascendentes” resulta inadmisibles. Adicionalmente, juzga que esa pretensión resulta inconsistente con la “esencia” de la religiosidad: “¿qué sabemos nosotros de la justicia de Dios, como para podernos arrogar la capacidad de expresar con nuestras sentencias no sólo el honrado esfuerzo de nuestra defectuosa justicia terrena, sino simultáneamente la voluntad de Dios? El ‘No juzguéis, para que no seáis juzgado’ bíblico es, entendido así, precisamente un veto contra la híbrida creencia de conocer el juicio divino sobre la culpabilidad humana y poder ejecutarlo”. (ROXIN, C. 1966., *op. cit.*, p. 14). Rechazando también la actual plausibilidad de una justificación del castigo en base a la expiación, por ejemplo, JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 25.

Si bien compartimos el rechazo a una justificación de la práctica punitiva y del derecho en general que remita a un fundamento trascendental en términos de una justicia natural o divina, ello a nuestro juicio no justifica la actitud de inmediato menosprecio que despierta este modelo y que avala que se omita revisar el modo en que el procedimiento expiatorio opera. Antes bien, consideramos que prestar atención a su mecánica interna –suspendiendo analíticamente el sentido religioso en que contextualmente se inscribe– permite captar su equivalencia estructural con la función pedagógica individual re-socializadora, operación que puede perfectamente desenvolverse con prescindencia del trasfondo religioso-metafísico en que originalmente se concibe. A continuación nos limitaremos a revisar brevemente la fundamentación religiosa que se le otorga desde el catolicismo, sin pretender que un mismo razonamiento no se replique en el marco de otros discursos. Río, por ejemplo, ilustra el modelo expiatorio a través de lo propuesto en las Leyes de Manú, Platón y De Maistre. (RÍO, J. R. d., *op. cit.*, pp. 26 y ss.). Que es posible dissociar el mecanismo expiatorio en sí del discurso religioso en que originalmente se enuncia sin afectar con ello su

[La expiación] [p]ostula la existencia de un orden establecido e impuesto por la divinidad. Las infracciones de dicho orden exigen una reacción cuyas finalidades son restablecerlo y purificar al infractor. El medio de conseguirlo es el sufrimiento.⁶⁰³

En concreto, el mecanismo expiatorio se inicia con el reconocimiento de la culpa por parte del pecador (arrepentimiento); luego tiene lugar la ejecución del castigo en forma de penitencia que opera como modo de purificación a través del dolor; dolor que es la forma en que el pecador arrepentido compensa su falta y pretende expiar su culpa rogando por el perdón de Dios⁶⁰⁴. La admisión del merecimiento del castigo divino (culpabilidad, arrepentimiento) y su posterior ejecución en forma de castigo humano sobre la propia consciencia y cuerpo (penitencia), se entiende un sustituto válido que, de juzgarse exitoso, suprime la culpa y hace que el merecimiento del castigo divino se invierta en merecimiento del perdón divino.

Se advierte aquí un elemento aparentemente ausente de los modelos de justificación funcional de la pena vistos hasta el momento: la noción de *arrepentimiento* inherente a la penitencia expiatoria. Así, sostiene Aquino, puesto que “el pecado es una ofensa contra Dios”,

...no puede suceder que Dios perdone la ofensa a uno sin el arrepentimiento de éste. Pues la ofensa de un pecado mortal nace de que la voluntad del hombre se aparta de Dios para dirigir su ánimo a un bien pe-

validez explicativa, lo evidencia, por ejemplo, su empleo en el marco de teorías de raigambre psicoanalítica: “Ante el triunfo e imposición de los impulsos del ello en el delito y la correspondiente satisfacción de tales impulsos en el criminal, la reacción instintiva no va impelida sólo por un afán de venganza, sino igualmente por el afán de expiación, y así como el primero se dirige contra el sujeto que ha causado el dolor, contra el transgresor, infligiéndole un padecimiento por el goce indebido que ha logrado y del que los restantes se ven privados, el segundo se dirige en cada uno contra sí mismo, contra las impulsiones propias, avivadas por el mal ejemplo y la virtud seductora de su éxito en otro, con la consiguiente relajación del poder inhibitor de la represión, como medio de robustecerlo y asegurar el imperio del superyó.” (RIVACOBAY RIVACOBAY, M. d., *op. cit.*, p. 20-1).

⁶⁰³ RÍO, J. R. d., *op. cit.*, p. 25.

⁶⁰⁴ “[L]a penitencia parece ser una virtud teologal, ya que tiene a Dios por objeto; porque satisface a Dios y *reconcilia al pecador con Dios*.”; “Así pues, cuando se perdona la culpa con la gracia, desaparece la aversión del alma a Dios, ya que por la gracia se une a él.”; “La remisión de la culpa [...] se realiza mediante la unión con Dios, de quien, en cierto modo, separa la culpa” (AQUINO, T., *op. cit.*, pp. [C.85 a.3; C.86 a.4; C.87 a.1] 282; 791; 795 [Destacado agregado]).

recedero. Por donde se ve que para la remisión de la ofensa divina es preciso que la voluntad del hombre se cambie de tal manera que se convierta a Dios con la detestación de su conversión a las criaturas y con propósito de enmienda.⁶⁰⁵

El arrepentimiento que precede y condiciona el efecto expiatorio equivale –en términos secularizados– a la “comprensión por parte del autor del injusto realizado, así como de la necesidad de la pena”⁶⁰⁶. El castigo sólo cumple su función en tanto el penitente apruebe moralmente la necesidad del sufrimiento que se le impone⁶⁰⁷. Demanda del castigado no sólo la consciencia cognitiva de la objetiva incorrección de su actuar – conocimiento del mandato divino y del hecho de que su comportamiento lo vulnera–, sino también un juicio moral de auto-reproche por haberlo protagonizado. Esta comprensión del mal causado⁶⁰⁸ propia del “sentimiento de culpa”, torna en exigencia explícita lo que en los modelos retribucionistas aparece como efecto formal: al reconocer la incorrección de su actuar previo y auto-reprocharse su realización, el delincuente da cuenta de su plena interiorización de los cánones de corrección normativa subyacentes a las directrices jurídicamente institucionalizadas; al auto-condenarse está “haciendo suya” la ley sobre la que su funda su condena; la pena, como señala Hegel, se presenta como “un derecho en el delincuente mismo”⁶⁰⁹. Así lo advierte Bettiol que, identificando en el castigo “la afirmación de uno de los más altos valores del espíritu humano, que ve en el sufrimiento la única vía de la redención”; concluye que “[e]l hombre tiene derecho a la pena, así como tiene derecho al reconocimiento de su dignidad de persona”⁶¹⁰.

Condicionar la efectividad del castigo el reconocimiento de la propia culpabilidad suena extraño; sugiere el inverosímil escenario en que la imposición del castigo se encuentra supeditada al consentimiento expreso de quien ha de sufrirlo. Esto no es así

⁶⁰⁵ AQUINO, T., *op. cit.*, p. [C.86 a.2] 788-9.

⁶⁰⁶ JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 25.

⁶⁰⁷ La expiación es “un tributo moral propio del condenado que le conduce a aprobar la necesidad de la pena”, señala Jescheck (JESCHECK, H.-H., *op. cit.*, p. 72).

⁶⁰⁸ Cfr. VALENZUELA SALDÍAS, J., *op. cit.*, p. 260.

⁶⁰⁹ Cfr. HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, pp. [§100] 187-8.

⁶¹⁰ BETTIOL, G., *op. cit.*, p. 177 [Destacado agregado].

por dos motivos. (a) Primero, porque el reconocimiento del mal que encarna el pecado no es condición para la procedencia de la penitencia sino para el éxito de su efecto expiatorio, esto es, para la obtención del perdón divino. (b) Segundo, porque, en rigor, el arrepentimiento no es *condición para* la procedencia de la penitencia, sino que es en sí mismo parte de ella: constituye una forma de sufrimiento.

(a) El primer elemento que explica la necesidad del arrepentimiento deriva de un rasgo específico de este modelo que, de cara a los anteriores, resulta en efecto anómalo; a saber, que la obtención del efecto expiatorio, finalidad que justifica funcionalmente la operación del castigo, se encuentra absolutamente supeditada a la voluntad del ofendido por el pecado⁶¹¹. En este específico sentido el modelo conserva su naturaleza de *sacrificio*: opera como ofrenda entregada a Dios apelando a su misericordia con objeto de obtener de su parte un acto de gracia: el perdón⁶¹². En la relación hombre-Dios la asimetría de poder y la correlativa situación de subordinación –aspectos contextualmente inherentes a todo “ruego”–, resultan incuestionables⁶¹³: “Compadécete de mí, oh Dios, según tu

⁶¹¹ El perdón del ofendido pierde protagonismo desde el momento en que la potestad punitiva (el monopolio de la violencia) se concentra en el Estado y la legitimidad de su ejercicio remite a un derecho positivo dotado de validez general (principio de legalidad). Mediatemente todo delito afecta al orden institucional en su globalidad y “ofende”, por ende, al Estado que lo encabeza (delito público). Es éste, por tanto, quien *debe* (si pretende subsistir) ejercer la violencia conservadora a través de mecanismos (de control social coactivo) como la pena. En la medida en que el castigo se objetiva-formaliza, el rol del inmediatamente ofendido o materialmente dañado y su eventual *perdón*, devienen secundarios.

⁶¹² El rasgo distintivo de la *gracia* es, como señala Mañalich, “relativizar el carácter irrestricto de la exigencia de punición por razones de justicia retributiva” (MAÑALICH, J. P. 2010a., *op. cit.*, p. 109). De ahí que, en palabras de Nietzsche, manifieste la “autosupresión de la justicia” y sea “el privilegio del más poderoso, mejor aún, su *más allá del derecho*.” (NIETZSCHE, F. 1887., *op. cit.*, p. [§10] 106 [Destacado agregado]). Ahora bien, en el caso bajo análisis, la aparente contradicción de un derecho que se suspende a sí mismo [cfr. SCHMITT, C. 1934., *op. cit.*, pp. 23 y ss.] se disuelve cuando se advierte que es el propio Dios, fuente de toda justicia, el que concede la gracia que, como favor gratuito, expresa la misma voluntad (la suya) que define lo justo y no puede, por tanto, sino coincidir con la justicia (es decir, con la ley divina).

⁶¹³ Para Aquino, la justicia de la penitencia como virtud no se alcanza con la “igualdad perfecta” o “justo medio”, sino con un cierto “exceso”. La desigualdad entre las partes implica que “el que es inferior puede hacer cuanto pueda. Pero esto *no será suficiente, solamente lo será con la aceptación del superior*. Y esto es lo que se le asigna por exceso a la penitencia.” (AQUINO, T., *op. cit.*, p. [C. 85 a.4] 783 [Destacado agregado]).

gran misericordia, y por tu inmensa compasión borra mi culpa”, reza la Biblia (Salmo 10, 3).

(b) El segundo elemento indica que ya en el arrepentimiento está operando el sufrimiento merced al cual la penitencia conduce al resultado expiatorio. Como sostiene Aquino, “[a]rrepentirse significa dolerse de una acción propia cometida anteriormente”⁶¹⁴, “llorar los pecado cometidos”⁶¹⁵. Al interior de este *ethos* cristiano el arrepentimiento es parte de la *mortificación*, elemento central de la penitencia:

La mortificación no es la muerte, sin duda, sino que es la renuncia a este mundo y a uno mismo: una especie de muerte cotidiana. Una muerte que se supone proporciona la vida en el otro mundo. [...] No se trata de un sacrificio en aras de la ciudad; la mortificación cristiana es una forma de relacionarse con uno mismo. Es un elemento, una parte integrante de la identidad cristiana.⁶¹⁶

De esta suerte, la violencia indisociable de la pena adquiere como dolor, como mortificación penitencial, un específico sentido que, teniendo a la vista la finalidad expiatoria, la justifica⁶¹⁷:

...su dolor es desagrado y reprobación de lo ocurrido en el pasado con la intención eliminar sus consecuencias, o sea, la ofensa de Dios y el débito de la pena.⁶¹⁸

⁶¹⁴ AQUINO, T., *op. cit.*, p. [C.84 a.10] 778.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. [C.85 a.1] 780.

⁶¹⁶ FOUCAULT, M. 1979b. *Omnes et singulatim*: hacia una crítica de la razón política. En: FOUCAULT, M. 2008. La vida de los hombres infames. La Plata. Caronte. p. 191.

⁶¹⁷ Aquino cita a San Agustín: “¿Qué nos queda por hacer, sino dolemos toda la vida? Porque donde termina el dolor termina la penitencia. Pero si termina la penitencia, ¿qué nos quedará de perdón?” Y, más adelante, “En la penitencia debe mantenerse el dolor constantemente”. (AQUINO, T., *op. cit.*, pp. [C.84 a.8; a.9] 775; 776). En numerosas ocasiones Aquino enfatiza la relevancia del sufrimiento como elemento consustancial a la penitencia expiatoria: “desde el momento en que la buena voluntad ha quedado suprimida por el pecado, no puede ser restituida sin la tristeza, puesto que uno debe dolerse del pecado cometido. Y este dolor pertenece a la penitencia”; la penitencia “consiste en el llanto y en las lágrimas”; “Arrepentirse es llorar los pecado cometidos”; “Arrepentirse significa dolerse de una acción propia cometida anteriormente”; “[el] dolor [del penitente] es desagrado y reprobación de lo ocurrido en el pasado”; “La penitencia es una forma de tristeza” (*Ibid.*, pp. [C.84 a.5; a.8; a.10] 771; 775; 778; [C.85 a.1; a.4] 780; 781; 783).

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. [C.85 a.2] 781.

Ahora, si el efecto expiatorio requiere despertar en el penitente este auto-reproche por su actuar inmoral (arrepentimiento), el modo en que su consciencia del mal es activada no excluye el recurso a dispositivos de persuasión cuasi-coactiva, en particular, admite el empleo del miedo como estímulo: “*Un solo peccado mortal merece tormento de fuego, para siempre en el Infierno*”⁶¹⁹. El arrepentimiento como consciencia de la incorrección del pecado y sincera manifestación de la voluntad de conducirse en el futuro por el camino de la virtud, bien pueden ser en su origen el resultado de un cálculo estratégico del tipo visto a propósito de la inhibición comunicativa⁶²⁰, es decir, una actitud cuyo móvil puede ser el egoísmo o, al menos, el poco altruista auto-interés en evitar el propio sufrimiento. El terror generado por la anticipación representacional de las (terroríficas) penas infernales que fatalmente se seguirán de no confesarse y compensarse la falta, opera como estímulo que *ex post* favorece la confesión del pecado cometido y su enmienda a través de la penitencia, y *ex ante* la evitación del pecado por cometer. Como admite Aquino:

*El pecado comienza por desagradar al hombre, sobre todo al pecador, antes por el castigo, en el que se fija el temor servil, que por la ofensa de Dios o la fealdad del pecado, que es lo propio de la caridad.*⁶²¹

El terror a las anunciadas penas del infierno es experimentado por el (real o potencial) pecador como sufrimiento. Esto favorece el tránsito desde el primer razonamiento estratégico guiado por la auto-interesada voluntad de evitar un efecto indeseado (“*el tormento de fuego, para siempre en el Infierno*”⁶²²), hacia un razonamiento propiamente moral: la comprensión de la incorrección substantiva del propio actuar –de su condición de pecado (“*una poncoña que mata el Alma*”⁶²³)– y la admisión del merecimiento del mal anunciado como castigo. Se produce el auto-reproche propio del arrepentimiento

⁶¹⁹ VALDIVIA, L. d., *op. cit.*, p. 30 [Destacado agregado].

⁶²⁰ Véase *supra*. §III.2.5.1.

⁶²¹ AQUINO, T., *op. cit.*, p. [C.85 a.5] 785 [Destacado agregado].

⁶²² VALDIVIA, L. d., *op. cit.*, p. 30 [Destacado agregado].

⁶²³ *Ibid.*, p. 30 [Destacado agregado].

que anima la voluntad de obtener el perdón de Dios sustituyendo su castigo por la penitencia terrenal (“*por esso llora mucho hijo mio por tu anima, y aborrece esos peccados que te causan tanto mal*”⁶²⁴).

Luego, la penitencia obraría en dos planos. Según Aquino existiría, por un lado, una “penitencia interior” consistente, precisamente, en el arrepentimiento del que hemos hablado: “dolor por el pecado cometido”⁶²⁵. Por otro lado, está la “penitencia exterior” que “muestra signos externos de dolor, hace confesar oralmente los pecados al sacerdote que absuelve, y *acepta una satisfacción* según criterio de éste”⁶²⁶. Para que la penitencia adquiriera el estatus de virtud⁶²⁷ no basta con el “dolerse del mal cometido”; es indispensable que ese dolerse tenga lugar con *propósito de enmienda*⁶²⁸. Y “la enmienda de la ofensa cometida contra alguien no se realiza solamente con la sola cesación de la ofensa, sino que exige además una *compensación*”⁶²⁹. Esta compensación consiste en la prolongación material del sufrimiento subjetivo iniciado con el arrepentimiento. El dolor de la “penitencia externa” opera como satisfacción compensatoria en la medida en que constituye el “precio” que Dios –a través de sus representantes– fija para la graciosa concesión de su perdón; perdón del que pende la purificación del alma del penitente, la eliminación de la mácula dejada por el pecado:

El dolor o sufrimiento que la pena implica hace expiar y purifica la voluntad inmoral que hizo nacer el crimen, de manera que destruye la

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 30 [Destacado agregado].

⁶²⁵ AQUINO, T., *op. cit.*, p. [C.84 a.8] 775.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. [C.84 a.8] 775.

⁶²⁷ El arrepentimiento penitente supone sufrir “dolor” en dos sentidos: (a) primero en el sentido de una “pasión del apetito sensitivo”; mas (b) segundo y al mismo tiempo, constituye un acto de voluntad: “Y en este sentido se verifica con una elección. Y si esta elección es recta, necesariamente es una virtud.” (*Ibid.*, p. [C.85 a.1] 780).

⁶²⁸ *Ibid.*, p. [C.85 a.3] 782.

⁶²⁹ *Ibid.*, p. [C.85 a.3] 782 [Destacado agregado].

verdadera fuente del mal [...], y salva el alma del delincuente reconciliándola con Dios.⁶³⁰

La penitencia-expiatoria exige al penitente la admisión de la incorrección de su actuar, la compensación del agravio y el re-encauzamiento su alma por el camino de Dios⁶³¹. Re-adaptando su personalidad a los dictámenes del orden divino instituido, el pecador se libera del pecado y se reconcilia tanto con Dios como con la comunidad constituida a su alero. Salta a la vista que, como en la versión previamente revisada, estamos ante un mecanismo de reforma moral de la subjetividad del castigado.

En la medida en que la expiación exige del penitente un acto emanado de su libre voluntad –su arrepentimiento– y en que es el dolor el medio a través del cual opera –mortificación–; estaríamos, según Aquino, ante una especie de *sacrificio* en este sentido análogo al de Cristo⁶³². Ahora bien, en este caso la expiación no opera mediante la participación de un tercero que sustituye al merecedor del castigo, como ocurre en eventos estrictamente sacrificiales como es el caso de “la pasión de Cristo” o del “chivo expiatorio”. Aquí quien peca y quien sufre el castigo (penitencia) son la misma persona. Lo sustituido es el castigo en sí mismo, su naturaleza: el castigo *prima facie* merecido de naturaleza *divina* es válidamente reemplazado por el castigo *humano* que al sujeto se inflige (o que se auto-inflige) en forma de penitencia. De ahí, primero, que la mecánica substitutiva subsista y que pueda sostenerse que en cierto modo esta función conserva el sentido de un “sacrificio”. De ahí también, en segundo lugar, que la mediación del sacerdote se torne operacionalmente necesaria.

⁶³⁰ RÍO, J. R. d., *op. cit.*, p. 25. “[L]a recompensa de la obra del penitente es la plena remisión de su pecado en cuanto a la culpa y en cuanto a la pena”, señala Aquino. (AQUINO, T., *op. cit.*, p. [C.84 a.9] 776).

⁶³¹ “[L]a enmienda de la ofensa cometida contra alguien no se realiza solamente con la sola cesación de la ofensa, sino que exige además una compensación. Esta compensación tiene lugar, como la retribución, en las ofensas cometidas contra otro; con la diferencia de que la compensación viene de parte de quien ha ofendido, por ej., mediante la satisfacción. Mientras que la retribución es la parte ofendida quien la pide. Pero ambas cosas pertenecen a la justicia, puesto que en ambas hay una especie de intercambio.” (AQUINO, T., *op. cit.*, p. [C.85 a.3] 782).

⁶³² AQUINO, T., *op. cit.*, p. [C.85 a.4] 784.

Como se mencionó, para Aquino la penitencia como sacramento supone tres elementos: el paso de la contrición (arrepentimiento) a la satisfacción (dolor) está mediado por la *confesión*:

Así pues, se requiere, por parte del penitente, en primer lugar, voluntad de reparar, cosa que hace con la contrición; segundo, *sometimiento al arbitrio del sacerdote en lugar de Dios*, cosa que hace por la confesión; y tercero, *reparación fijada por el arbitrio del ministro de Dios*, cosa que hace con la satisfacción. Por tanto, la contrición, la confesión y la satisfacción son partes de la penitencia.⁶³³

La satisfacción penitenciara reemplazará el castigo divino (las penas del infierno) sólo en caso que el propio ofendido autorice la sustitución; en este caso, el propio Dios. Su suficiencia compensatoria y, por ende, su eficacia expiatoria, se encuentra absolutamente condicionada a la voluntad divina, en particular, a su misericordiosa concesión del perdón. Se sigue que, para que la penitencia alcance algún nivel de efectividad práctica en la vida cotidiana de los creyentes, resulta imprescindible la presencia de una autoridad que medie con la voluntad divina. Esta autoridad cumpliría un rol equivalente al de un juez: siendo el intérprete y portavoz autorizado de la ley (divina), estaría facultado para establecer la relación de conmensurabilidad entre la pena divina y la penitencia terrena en base a la cual se torna legítimo y expiatoriamente efectivo el reemplazo de la primera por la segunda. El establecimiento autoritativo de la equivalencia fundado en un acceso privilegiado a la fuente (divina) sobre la que reposa la validez de la operación, reside en la figura del *sacerdote* quien, en calidad de “ministro”, actúa “en lugar de Dios”. Del sometimiento del penitente a su arbitrio⁶³⁴ depende el éxito expiatorio de la penitencia.

Para Aquino el sacramento de la penitencia no supone la consagración de una materia sino la remoción de aquella que el pecado representa. Puesto que “los pecados son ciertas ataduras”, esta remoción, señala, “queda indicada por el sacerdote cuando

⁶³³ *Ibid.*, p. [C.90 a.3] 814-5 [Destacado agregado].

⁶³⁴ *Ibid.*, p. [C.90 a.3] 814-5.

dice: *Yo te absuelvo*”⁶³⁵. Se advierte que, pese a su ontología o metafísica aristotélica, Aquino concede a las palabras que en el marco del ritual de la penitencia el sacerdote pronuncia una fuerza performativa: el poder simbólico de (des)instituir una realidad. Sólo merced a intervención de esta operación de orden netamente simbólico el ritual cumple la función (expiatoria) que se le asigna:

En cualquier género de cosas la perfección se le atribuye a la forma. Ahora bien, acabamos de decir que este sacramento alcanza su perfección mediante los actos del sacerdote. De donde se sigue que todo aquello que proviene del penitente, ya se trate de palabras o de gestos, constituye la materia de este sacramento, mientras que lo que proviene del cura tiene la función de forma. Y como los sacramentos de la nueva ley *producen lo que significan* [...], es menester que la forma del sacramento, en adecuación con la materia, signifiquen lo que sea realiza en él.⁶³⁶

Cabe agregar que esta operación del castigo sobre el penitente se encuentra dirigida a un fin ulterior. Según vimos, el pecado, al quebrantar el mandato divino, afecta la relación del pecador con Dios. Empero, también afecta su relación con los miembros de la colectividad que organizan su vida en común teniendo por referente el orden divino que con su actuar ha violentado. Desde el punto de vista de la sociedad, si el pecador se ha desviado de los mandatos divinos ha sido de manera mediata: en lo inmediato ha violado las reglas (positivas) que regulan la convivencia al interior de la comunidad de la que forma parte; siendo éstas las que remiten al derecho (natural-divino) que tiene a Dios por autor. Ahora, si bien la transgresión de la voluntad divina se encuentra mediata por la violación de las leyes positivas en que ella recibe mundana expresión, el vínculo entre ambas esferas del derecho es aquí sumamente estrecho. Atentar incluso mediatamente contra el mandato divino, supone atentar contra los cimientos trascendentales sobre los que pende la subsistencia del orden social y de cada uno de sus miembros. Tal como en el modelo del “chivo expiatorio”, el sacrificio opera como vía de comunicación con la divinidad; se trata de una ofrenda, de un ruego por su perdón, de apaciguar

⁶³⁵ *Ibid.*, p. [C. 84 a.3] 768 [Destacado agregado].

⁶³⁶ *Ibid.*, p. [C. 84 a.3] 768 [Destacado agregado].

su ira y lograr la reconciliación. Se explica así el pánico que puede provocar el pecado al percibirse como amenaza de disolución de la sociedad. Se explica también la violencia de la reacción colectiva que surge con objeto de neutralizar dicho peligro, cuya manifestación extrema adopta la forma paradigmática de “linchamiento”⁶³⁷. Se sigue, en suma, que el crimen-pecado no tiene sólo el efecto trascendente de alejar al pecador de Dios, sino también consecuencias sociales concretas –a veces brutalmente concretas– materializadas en el reproche de la colectividad ofendida, cuya reacción puede culminar en la expulsión, marginación o eliminación del criminal-pecador.

Por consiguiente, el éxito de la operación expiatoria no consistirá sólo en la reconciliación del pecador con la divinidad que perdona sus faltas, sino también con la comunidad de la que el pecado lo excluyó. Cuando a través de sus representantes la colectividad reconoce que su culpa ha sido exitosamente purgada por la penitencia, abre las puertas para que retorne a su seno. En palabras de Lesch:

La pena como expiación –a diferencia de la pena como retribución– no es una restitución del orden correcto de las cosas, sino la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el ordenamiento quebrantado, en definitiva, con la comunidad. Con la expiación moral ‘el culpable se libera de su culpa, alcanza de nuevo la plena posesión de su dignidad personal’. Expiación en este sentido sólo puede tener éxito de todas formas allí donde el culpable preste su libre arrepentimiento, un arrepentimiento que sea visto por la sociedad como redención de su culpa.⁶³⁸

Con esta finalidad de “reincorporación” a la comunidad se confirma la equivalencia estructural entre esta función y la de “reinserción” social característica de lo que entendemos por función pedagógica inmediatamente individual. En ambos casos se trata de un aprendizaje moral, de la conformación (re)socializadora de una subjetividad apta para la (re)integración del castigado a la sociedad: re-conocimiento de la incorrección de la acción delictiva y re-educación en los valores dominantes. El paso de un contenido

⁶³⁷ Véase *supra*. §III.2.2.1.; §III.2.3.

⁶³⁸ LESCH, H. H., *op. cit.*, pp. 18-9.

religioso a uno secular –o viceversa– no altera la naturaleza de la operación. Del hecho de que este modelo de justificación del castigo tenga su origen en un discurso religioso-trascendental no se sigue que la mecánica que postula no pueda desarrollarse en ausencia de ese componente. Si disociamos la operación expiatoria del contenido religioso que le otorga la expuesta versión cristiana, veremos que el eje de su función es re-adaptar la subjetividad del delincuente a los patrones de subjetividad jurídicamente instituidos (autoritativamente definidos como “correctos”). Exigir del castigado su reconocimiento de la incorrección moral del delito-pecado (arrepentimiento) denota con especial claridad esa finalidad de (re)formar su personalidad de modo tal que interiorice los patrones de corrección que delimitan institucionalmente los modos de actuar socialmente legitimados. En el reconocer el mal de la acción subyace el reconocimiento de la validez de las normas sociales sobre las que se articula el juicio de incorrección que avala la imposición del castigo. Prescindiendo de la presunta génesis divina de esos mandatos, vemos que en la admisión de la invalidez del acto propio y de la correlativa validez del derecho instituido, subyace una voluntad de, aceptando el merecido castigo, someterse al derecho y, de este modo, reconciliarse con la comunidad que sobre éste se cimienta. Se sigue que tendría pleno sentido plantear hoy en día una teoría de la función de la pena fundada en un concepto *secular* de expiación.

Como indicamos, si con el delito se violan valores fundamentales de la comunidad política consagrados en la ley⁶³⁹, su comisión no afecta sólo la relación entre ofensor (pecador) y ofendido (Dios), sino que también atañe a los demás miembros de la colectividad. Así, desde la perspectiva de R. A. Duff, la penitencia puede concebirse como un mecanismo para recomponer la relación entre el pecador y los demás miembros de la

⁶³⁹ VALENZUELA SALDÍAS, J., *op. cit.*, p. 261.

comunidad⁶⁴⁰ y, en este sentido y por contraintuitivo que parezca, como un mecanismo *inclusivo*⁶⁴¹. Como nos indica Valenzuela:

La pena [...] puede ser vista como un proceso comunicativo entre el autor y la comunidad política. Por él se comunica al ofensor la censura que merece por la comisión del delito⁶⁴². Se busca traerlo hacia el reconocimiento y arrepentimiento del crimen como un error por el que tiene el deber de realizar una reparación en términos morales. [...] *La pena puede ser una empresa 're-formativa'*: el ofensor que ha sido llevado al arrepentimiento de su infracción y, con ello, a reconocer la reforma de su conducta futura. La pena debe, en la medida en que sea apropiada, asistirlo en este proceso.⁶⁴³

Prescindiendo de todo componente sacro, aquí también el arrepentimiento, conciencia del mal causado, equivale a un reconocimiento del derecho que informa a la comunidad; a la comprensión de la justicia y necesidad de la pena subyace la voluntad de reconciliarse con la colectividad cuyos mandatos el criminal vulneró. Esta reconciliación demanda la interiorización de los preceptos jurídicos, es decir, la re-modelación de la subjetividad del penitente en consonancia con la subjetividad social que a través de sus reglas el derecho consagra. Se observa que esta mecánica en nada difiere del modelo de pedagogía inmediatamente individual: fomentar a través del castigo ese auto-reproche moral y re-formar la estructura motivacional del castigado de acuerdo a los cánones jurídicos, denota un específico modo de emplear la potestad punitiva con fines pedagógicos. Más aun, este modelo no hace sino explicitar la muchas veces opacada dimensión moral inherente a la misión resocializadora que se le asigna a la pena:

El mensaje moral implícito en el acto de imposición de la pena es lo que expresa educación. Se educa, en el contexto del Derecho Penal, cuando se contrasta la evidencia moral de lo correcto (jurídicamente señalado) con la acción defectuosa del autor. El autor, entiende o aprende de

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 260. Como señala Jakobs, la expiación tendría por consecuencia la reconciliación del autor del injusto con la sociedad. (JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 25).

⁶⁴¹ VALENZUELA SALDÍAS, J., *op. cit.*, p. 260.

⁶⁴² Véase *supra*. §III.2.2.2.

⁶⁴³ VALENZUELA SALDÍAS, J., *op. cit.*, p. 261 [Destacado agregado].

la pena, que moralmente se encuentra en un error. [...] Este aprendizaje, moralmente marcado, debe entregar razones al ofensor para elegir realizar una conducta que no se encuentre proscrita.⁶⁴⁴

Bettioli, en cambio, no duda en afirmar que la pena concentra una “idea altamente moral” que, como “principio de arrepentimiento y enmienda”, conduce a la “transformación espiritual” del penado. Su eficacia pedagógico-expiatoria residirá entonces en su capacidad de “llevar al camino del arrepentimiento al condenado”⁶⁴⁵. También Jescheck considera la “necesidad de liberarse de la culpabilidad a través de la expiación [...] una experiencia fundamental de la persona como sujeto moral”. Juzga, por tanto, misión legítima del Estado procurar que la ejecución de la pena posibilite la “conversión interna”⁶⁴⁶ del castigado. De la misma opinión es Baumann, para quien el castigo “debe estructurarse de tal manera que el autor se vea inducido a arrepentirse internamente y a tener en cualquier caso esta posibilidad”⁶⁴⁷.

Se sigue que la exigencia de reconocimiento por parte del penado de la injusticia de su actuar criminal no denota una *especificidad* de este modelo expiatorio más que superficialmente: evidencia un proceso de modelación pedagógico-moral de su subjetividad implícito como propósito en todas las teorías de la función de la pena; en particular, indistinguible –salvo en su concreto contenido– de los modelos que usualmente se agrupan bajo la rúbrica “prevención especial positiva”.

Se advierte, por último, que no es casual haber señalado que estos modelos pedagógicos operan sobre un sujeto social o individual de modo *inmediato*. Ello, antes bien, responde a la idea –sobre la que volveremos⁶⁴⁸– de que el lugar donde la pena genera sus efectos en última instancia es siempre la colectividad en general y que una operación

⁶⁴⁴ *Ibid.*, pp. 258-9.

⁶⁴⁵ BETTIOLI, G., *op. cit.*, p. 190.

⁶⁴⁶ JESCHECK, H.-H., *op. cit.*, p. 70 [Destacado original].

⁶⁴⁷ BAUMANN, J., *op. cit.*, pp. 19-20.

⁶⁴⁸ Véase *infra*. §III.3.4.

inmediatamente individual como la recién descrita será en todo caso *mediatamente* social.

2.7. Función de estabilización normativa⁶⁴⁹

Desde un paradigma teórico relativamente reciente, el derecho es conceptualizado como un *sistema* dotado de mecanismos propios para resguardar su estabilidad y coherencia interna frente a las perturbaciones del entorno. Este modelo se asienta sociológicamente en la “teoría de sistemas” desarrollada fundamentalmente por Parsons y Luhmann, teoría que admite inscribirse –con matices que no es del caso desarrollar– en la tradición del funcionalismo revisada al inicio a través de autores clásicos como Durkheim, Malinowski, Radcliffe-Brown, etc.⁶⁵⁰.

En términos simples, para Luhmann las sociedades modernas se distinguen por dos rasgos: complejidad y contingencia. La interacción (comunicación) social requiere que los sujetos relacionados puedan prever con cierto margen de certeza la reacción del otro ante la propia acción. Si en un colectivo dotado de una organización más elemental la cohesión social se despliega y mantiene sobre la base de dinámicas –más o menos– espontáneas de confianza recíproca entre individuos; en sistemas sociales complejos como los actuales esa clase de vínculos se disuelven. La naturaleza progresivamente impersonal y transitoria de los intercambios comunicativos contemporáneos (anónimos y fugaces) diluye esa confianza. Irrumpe la incertidumbre; germen de caos. La contingente confianza personal debe sustituirse por confianza institucional⁶⁵¹. Así, en primer lugar,

⁶⁴⁹ Sobre el modelo de justificación de la pena en términos de su función de estabilización sistémica, véase: JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, pp. 7-61; JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*; JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*; JAKOBS, G. 2003a., *op. cit.*; JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*; LESCH, H. H., *op. cit.*, pp. 71-82; BARATTA, A. 1985. Integración-prevención: una ‘nueva’ fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. En: BARATTA, A. 2004. Criminología y sistema penal. (Compilación in memoriam). Montevideo/Buenos Aires. B de F. pp. 1-30.; SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2003., *op. cit.*, pp. 21-5.

⁶⁵⁰ Véase *supra*. §I.1. Para Baratta, por ejemplo, “[l]a teoría de la prevención-integración nació a fines del siglo pasado, con Durkheim.” (BARATTA, A. 1985., *op. cit.*, p. 14). En la misma línea: MONCLÚS MASÓ, M., *op. cit.*.

⁶⁵¹ Cfr. BARATTA, A. 1985., *op. cit.*, p. 2.

lo que llamamos “estructura social” adopta la forma de “estructura de expectativas”: estabilización fáctica (objetivación) de la certidumbre subjetiva que los vínculos individuales son incapaces de proporcionar. Luego, el derecho, estructura social institucionalizada, desempeña su rol: suplemento impersonal (institucional-artificial) de la debilitada confianza personal (espontánea-contingente). Consagrando simbólicamente las expectativas de comportamiento recíproco ofrece garantías normativas (fácticamente reafirmadas a través de herramientas como la pena) idóneas para producir la confianza que la interacción social requiere. Como sintetiza Monclús Masó:

El Derecho sería [...] una estructura de expectativas que nos permite no sólo esperar conductas ajenas sino esperar expectativas ajenas, y ello es lo que posibilita construir sistemas sociales. [...] En términos más simples, el derecho sirve para saber qué conductas podemos esperar de los demás y también qué esperan los demás de su entorno. Las personas pueden actuar de formas muy distintas, y el Derecho serviría de criterio para saber qué podemos esperar de los que nos rodean.⁶⁵²

En este contexto, las normas jurídicas adquieren un sentido específico que difiere, al menos en parte, de su concepto tradicional como directrices de conducta: aparecen como expectativas sociales (normativas) institucionalizadas⁶⁵³,

...expectativas de conducta institucionalizadas (estabilizadas contrafácticamente), que no prometen un comportamiento adecuado a la norma pero sí protegen a quien espera un comportamiento adecuado a la norma. [...] [E]n el origen de esta forma de entender la norma se halla la idea de que el sistema normativo (no específicamente el jurídico, sino todo el sistema normativo), como subsistema social, tiene la finalidad de orientar a los individuos en su interacción y, con ello, reducir la complejidad en que la misma se movería si se orientara con criterios puramente fácticos. En efecto, una orientación basada en criterios estrictamente cognitivos produce, de entrada, una gran inseguridad antes de cada interacción concreta y luego que, en cada caso de defraudación de una expecta-

⁶⁵² MONCLÚS MASÓ, M., *op. cit.*, p. 138.

⁶⁵³ JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, p. 35; JAKOBS, G. 2003a. La idea de normativización en la dogmática jurídico-penal. En: JAKOBS, G. 2003. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Madrid. Cívitas. p. 20; SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2003., *op. cit.*, p. 25.

tiva, deba optarse por el abandono de la expectativa o por la adopción de medios (cognitivos) para que en el futuro no se frustre.⁶⁵⁴

Si la estructura social es una estructura de expectativas, y de su estabilidad pende la posibilidad de la interacción en el contexto de incertidumbre inherente a las relaciones fugaces y anónimas características de las sociedades contemporáneas; se advierte la necesidad de que esa estructura reciba consagración institucional en forma de derecho y que sus normas se tornen normas jurídicas. Como se vio con anterioridad, una institución regula las relaciones intersubjetivas manteniendo sus definiciones generales (formalizadas) frente a las pretensiones particulares de desviarse de ellas⁶⁵⁵. Para conservarlas desarrolla dispositivos destinados a encauzar la conducta social dentro de los cánones oficiales; el derecho, especie de construcción institucional, contempla para tal efecto normas jurídicas que condensan las definiciones de la conducta debida⁶⁵⁶. De esta suerte, la principal función de este aparato institucional es proveer a los miembros de la colectividad de referentes a partir de los cuales orientar su comportamiento.

Si bien la aplicación de este prisma funcionalista-sistémico al análisis del derecho penal puede encontrar exponentes previos⁶⁵⁷, su consagración en la dogmática penal contemporánea es sin duda mérito de Jakobs⁶⁵⁸. Declarando, empero, su distancia res-

⁶⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2003., *op. cit.*, pp. 23-4.

⁶⁵⁵ BERGER, P. L. y LUCKMANN, T., *op. cit.*, p. 85. Véase *supra*. §I.1.4; §II.1.3. En el mismo sentido Jakobs: “La sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto [...]. El contexto de comunicación debe ser capaz de mantener su configuración frente a los modelos divergentes, si se quiere evitar que se tome como comienzo de una evolución...” (JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, p. 17).

⁶⁵⁶ “[E]s necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo. Por lo tanto, ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que este patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas.” (JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, p. 37).

⁶⁵⁷ Así, por ejemplo, el modelo cibernético desarrollado por R. P. Callies (véase: MIR PUIG, S. 2003., *op. cit.*, pp. 26-9; 69-75). Baratta, por su parte, considera antecesores de Jakobs en la tentativa de introducir a la dogmática penal el análisis sistémico a K. Amelung, H. J. Otto y, desde un enfoque sistémico-funcional en sentido lato, también a C. Roxin. (BARATTA, A. 1985., *op. cit.*, p. 1 n.1).

⁶⁵⁸ En lo que sigue, el análisis de este modelo se centrará casi exclusivamente en la teoría propuesta de Jakobs.

pecto a Luhmann⁶⁵⁹, Jakobs inscribe su propuesta dentro de lo que llama “funcionalismo jurídico-penal”, esto es, “aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad”⁶⁶⁰. Desde esta perspectiva, el *telos* que define la función de una acción social se encuentra determinado por su aptitud para favorecer la estabilidad, para conservar el equilibrio del orden social: son funciones –señala– las prestaciones que mantienen un sistema⁶⁶¹. La función del derecho penal será aquella actividad cuya operación favorezca la conservación de la forma⁶⁶² de la sociedad, aquella que establezca la estructura social que institucionalmente consagra⁶⁶³. En particular;

La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes para la identidad de la sociedad⁶⁶⁴. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social.

⁶⁵⁹ JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, p. 10.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 9.

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 10. Como afirma más adelante: “[d]esde una perspectiva funcional, sólo esa *fuerza de autoconservación* [merced a la cual ‘los contrapesos desplazados vuelven a estar en *equilibrio*’] es la que cuenta.” (*Ibid.*, p. 26 [Destacado agregado]). Sobre el postulado de “unidad funcional”, véase: RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1935., *op. cit.*, pp. 205-7; MERTON, R. K., *op. cit.*, pp. 98-103.

⁶⁶² “El Derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la *forma* de la sociedad y del Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social así como las normas –especialmente las jurídico-constitucionales.” (JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, pp. 44-5 [Destacado agregado]).

⁶⁶³ A su juicio; “En la actualidad puede considerarse demostrado que sólo se castiga para mantener el orden social; de modo que todas las teorías se insertan en el *ne peccetur*, o, más precisamente: en el interés por la estabilización de la norma.” (JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 20). Rechazando luego la comprensión de la pena en el marco del *ne peccetur*: JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, pp. 15-6.

⁶⁶⁴ La proximidad entre este modelo y el postulado por Hegel –que sugiere la alusión a la idea de “contradicción de la contradicción” [véase *supra*. §III.2.4.]– es explícitamente admitida por Jakobs: “En Hegel la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se diferencia de la prevención general positiva aquí representada. El sistema de referencia de Hegel para fundamentar la pena es el concepto de Derecho; el sistema de referencia actual lo forman las condiciones de existencia de la sociedad.” (JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, pp. 22-3); “En cuanto a los resultados alcanzados, lo aquí expuesto debe sus elementos principales a la teoría de la pena de Hegel. En su terminología se dice que la ‘lesión del Derecho en cuanto Derecho’ es ‘nula en sí misma’ [HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§97]], aquí se afirma que el quebrantamiento de la norma no es determinante para la sociedad real. En la obra de Hegel se dice además que la nulidad se muestra en la destrucción de la infracción del Derecho, aquí se afirma que el carácter no determinante puede observarse en la exclusión de lo común con el infractor de la norma.” (JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, pp. 27-8). Así también, tras las huellas de Jakobs, la teoría de Hegel es reivindicada y desarrollada

El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a concebirse a sí misma de otro modo.⁶⁶⁵

En términos concretos, la “contribución que el derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en *garantizar las normas*”⁶⁶⁶. Cabría ahora preguntarse ¿por qué confirmar la vigencia de normas constituye una función social? Es decir, ¿en qué medida de la conservación de *normas* se sigue como *efecto social* la conservación de la sociedad? La respuesta es que la *forma de la sociedad* se mantiene reafirmando la validez de sus normas porque la sociedad en sí misma se encuentra *formada por normas*⁶⁶⁷. La concreta identidad de una sociedad no está ontológicamente determinada por factores externos; naturales o divinos, por ejemplo. Antes bien, ésta es *constituída-instituída* en virtud de “reglas de configuración”⁶⁶⁸. Puesto que la sociedad existe en tanto es socialmente construida (instituida), y que esta construcción se despliega sobre reglas positivas dotadas de una validez (legitimidad) contingente e inevitable-

por Lesch en su propuesta de una “teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad”. Para Lesch: “La teoría de la pena de Hegel ha demostrado ser [...] una concepción ciertamente moderna. Solamente hay que liberarla del idealismo que va asociado a ella...” (LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 80).

⁶⁶⁵ JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, p. 11.

⁶⁶⁶ JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 45 [Destacado agregado].

⁶⁶⁷ “[L]a constitución de la sociedad (del mismo modo que la de personas o incluso sujetos) tiene lugar a través de normas” (JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, p. 16). Como se advierte, Jakobs parte de la premisa acertada de que “[l]a subjetividad se genera en un proceso mediado por lo social.” (*Ibid.*, p. 21). La persona “no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social.” (JAKOBS, G. 2003a., *op. cit.*, p. 20); “es algo distinto de un ser humano, un individuo humano; éste es el resultado de procesos naturales, aquélla un producto social” (*Ibid.*, p. 21). Ser persona, por tanto, “significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible.” (JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, p. 35). Las expectativas normativas institucionalizadas a través del derecho “no están dirigidas a individuos, sino a [estos] destinos construidos comunicacionalmente que se denominan personas.” (JAKOBS, G. 2003a., *op. cit.*, p. 17). Persona, en suma, es “a quien *se le adscribe el rol* de un ciudadano respetuoso del Derecho” (JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, p. 17 [Destacado agregado]).

⁶⁶⁸ JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, p. 17. Se advierte que estas “reglas de configuración” equivalen a lo que Searle denomina “reglas constitutivas” [véase *supra*. §I.1.4.2.]. Muy próxima a Berger/Luckmann [véase *supra*. §I.1.4.2.] es la caracterización del fenómeno de la institucionalización expuesta por Jakobs: JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, pp. 35; 57-8; 58; JAKOBS, G., 1998., *op. cit.*, p. 16. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2003., *op. cit.*, pp. 24-5.

mente precaria; se torna funcionalmente necesario el recurso a mecanismos adicionales que establezcan su forma instituida⁶⁶⁹:

Precisamente a causa de la evidente contingencia de estas normas, es decir, a causa de *–sit venia verbo–* la indemostrabilidad de la voluntad correcta en relación con las normas jurídicas, y también morales, su vigencia ha de garantizarse de otro modo, precisamente a través de una *sanción*. En el caso de las normas jurídico-penales, por tanto, a través de una *pena* impuesta en un procedimiento formal. Desde el final del derecho natural, la pena ya no se impone a sujetos irracionales, sino a sujetos refractarios.⁶⁷⁰

Llegamos con esto a nuestro objeto de estudio; el castigo. Ahora, antes de ver el modo en que opera como mecanismo de (re)estabilización de las expectativas normativas defraudadas por el delito, cabe detenerse a revisar la naturaleza de estas expectativas y la manera en que son defraudadas. Para estos efectos resulta clave la distinción – fundamental, a juicio de Jakobs, para toda explicación funcional– entre “sociedad” (o “sentido”) y “naturaleza” (o “mundo exterior”)⁶⁷¹.

En términos generales, un modelo de orientación se construye en base a regularidades. Tanto si la acción se determina en relación a la naturaleza, como si se trata de una interacción propiamente social; la regularidad provee la orientación a que antes aludimos: permite al actor anticipar eventos futuros reduciendo la imprevisibilidad de las consecuencias al momento de decidir sobre el modo de organizar su comportamiento, es decir, acota la esfera en que impera la contingencia proporcionando el mínimo de certi-

⁶⁶⁹ En cambio, las reglas “dadas”, como las leyes de naturaleza, poseen la fuerza para autoestabilizarse (JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, p. 18), ya que su desconocimiento (cognitivo) lleva en sí mismo (analíticamente) aparejado la amenaza de un “fracaso vital” como *poena naturalis*. [Cfr. DURKHEIM, É. 1906., *op. cit.*, pp. 149-50]. Por el contrario, “[a] la disposición a observar la norma [las normas constitutivas de la sociedad en general] le falta una garantía ‘natural’ de este tipo; tal es el motivo de que sea necesaria una *sanción*”. (JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 11 [Destacado agregado]).

⁶⁷⁰ JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, p. 19 [Destacado agregado].

⁶⁷¹ *Ibid.*, pp. 42-3.

dumbre subjetiva imprescindible para la (inter)acción⁶⁷². La confianza que reposa sobre esa regularidad toma la forma de expectativas⁶⁷³.

Las expectativas respecto a la naturaleza –y a los demás sujetos en su condición de entidades naturales⁶⁷⁴– poseen carácter *cognitivo*. Esto quiere decir que en caso de verse defraudadas, es el decepcionado quien debe examinar su modelo de orientación. Se entiende que la divergencia práctica evidencia una deficiencia epistémica de la que el sujeto es responsable: incurrió en un “error de cálculo”, debe aprender y modificar su plan de acción en base a nuevas expectativas más certeras⁶⁷⁵. Por ende, cuando una expectativa cognitivamente fundada en base a información sobre regularidades de la naturaleza se ve refutada por la experiencia, la discordancia se resuelve siempre a favor de la segunda: si suponemos que es el objeto el que determina las condiciones de validez de los enunciados que pretenden describirlo –las condiciones bajo las cuales puede juzgarse “verdadero”–; la incongruencia se soluciona reformulando el enunciado para adaptarlo a las características del objeto que la experiencia nos muestra y antes por error desconocíamos. En palabras de Jakobs:

Si el mundo natural no discurre como un ser humano se ha imaginado, lo que sucede sencillamente es que su pronóstico estaba equivocado; no conocía de modo suficiente las leyes de la naturaleza; quizás también ha evaluado a complejidad de la situación erróneamente, quizás ha incurrido en un error en un intento de deducción lógica –sea como fuere,

⁶⁷² “Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales [...] sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertirá en un riesgo impredecible.” (JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 9).

⁶⁷³ Para Silva Sánchez: “La expectativa es; pues, de entrada, un fenómeno puramente psicológico, que desde luego no tiene contenido normativo. Una expectativa deviene normativa, cuando se ha visto estabilizada a través de su incorporación en una norma –social o jurídica–, esto es, cuando se ha institucionalizado de modo más o menos cualificado.” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2003., *op. cit.*, p. 25).

⁶⁷⁴ “[E]n los contactos sociales pueden surgir decepciones también del mismo modo que en la relación con la naturaleza. Toda persona sabe que su semejante es también de ‘carne y hueso’ y por tanto está sometido a leyes naturales [...]. En ese ámbito sólo se espera de la otra parte en el contacto social que su estado o situación siga las reglas de la naturaleza, pero no que respete las normas jurídicas.” (JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 10).

⁶⁷⁵ JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 10.

deberá mejorar en el futuro—, debe iniciar un nuevo aprendizaje, en caso de necesidad, habrá de intentar evitar las situaciones que no domina. [...] Tales expectativas, cuya defraudación es procesada a través de una mejora del material cognitivo —se ha aprendido algo—, se llaman *expectativas cognitivas*.⁶⁷⁶

Cuando el foco de atención gira hacia la interacción social, la situación se torna más compleja ya que las regularidades que permitirían orientarse en ella dependen no sólo de las condiciones del entorno natural sino también del modo en que terceros determinen su comportamiento⁶⁷⁷. Para reducir la contingencia de la interacción con sujetos cuya (hipotética) autonomía los torna *prima facie* impredecibles, las expectativas aparecen mediadas por normas que las codifican y, encapsulándolas, las estabilizan. Se articula entonces una red de expectativas de conducta que convergen y reposan sobre la norma que se reputa vigente y sobre la expectativa de que ésta será respetada. A diferencia de aquellas de tipo cognitivo, la defraudación de una *expectativa normativa* no se resuelve necesariamente imputándose a un error de cálculo de quien la sufre. Aquí la contradicción no exige renunciar a la expectativa: es lícito mantener contrafácticamente (“en contra de lo sucedido”⁶⁷⁸) su vigencia y cuestionar la validez del (significado del) hecho que la contradice “planteando la conducta errónea del infractor de la norma como causa decisiva de la defraudación”⁶⁷⁹:

⁶⁷⁶ JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 49 [Destacado original]. Cfr. LESCH, H. H., *op. cit.*, pp. 74-5.

⁶⁷⁷ “Luhmann distingue entre *contingencia simple*, que se refiere a las posibilidades ofrecidas por el ambiente físico del sistema, y *contingencia doble*, que tiene en cuenta la existencia en el ambiente de otros hombres, cuya conducta y cuyas expectativas es necesario poder prever para el desarrollo de la convivencia social.” (MONCLÚS MASÓ, M., *op. cit.*, p. 137 n. 5 [Destacado agregado]).

⁶⁷⁸ LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 75.

⁶⁷⁹ JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, pp. 49-50 [Destacado original]. “A una expectativa normativa no se ha de renunciar ni siquiera en casos de decepción, sino que ésta puede mantenerse (contrafácticamente), si como fallo decisivo no se define la expectativa del decepcionado, sino la infracción de la norma por parte del que decepciona.” (JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 10). También: JAKOBS, G. 2003a., *op. cit.*, p. 20; LESCH, H. H., *op. cit.*, pp. 75-6. Como sumariamente indica Silva Sánchez: “Serían [...] expectativas ‘cognitivas’ las que se abandonan en caso de conflicto, mientras que las expectativas ‘normativas’ se mantienen pese a la defraudación (son *Enttäuschungsfest*).” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2003., *op. cit.*, p. 25 n. 28).

En lugar de la expectativa cognitiva (¿qué hará x? probablemente no delinquirá) aparece la expectativa normativa institucionalizada (¡x no debe delinquir!), y cuando esta expectativa es defraudada, no debe seguir un proceso de aprendizaje, a diferencia de lo que sucede en el caso de la defraudación de una expectativa cognitiva, sino se trata de mantener la expectativa e imputar el curso perturbador al responsable.⁶⁸⁰

Para que la expectativa se conserve pese a la experiencia que la contradice, ésta última no ha de concebirse como un suceso meramente externo o natural, sino como un evento dotado de un específico sentido: constituye una *infracción* a la norma; con mayor precisión: “el hecho *significa* una rebelión contra la norma”⁶⁸¹. Precisamente en este *significar* tiene lugar el tránsito desde la “naturaleza” al “sentido”; y ello, como veremos, gracias a la mediación del concepto de culpabilidad⁶⁸².

Para Jakobs “un comportamiento humano no es sólo un suceso que surta efecto en el mundo exterior, sino que en la medida en que la persona domina o puede dominar su comportamiento, éste *significa* también algo, al igual que una frase dicha significa algo”⁶⁸³. Es en “la esfera de la *significación* del comportamiento (delictivo) en tanto negación del *significado* de normas”⁶⁸⁴, donde tiene lugar el conflicto público⁶⁸⁵ a resolverse con la pena⁶⁸⁶. Esto ocurre, según anticipamos, merced a la intervención de la noción de *culpabilidad*, que para Jakobs garantiza dos cosas: (a) “que el hecho no debe interpretarse como casualidad o como capricho de destino, sino como obra, artefacto de

⁶⁸⁰ JAKOBS, G. 2003a., *op. cit.*, p. 20.

⁶⁸¹ JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 48 [Destacado agregado].

⁶⁸² “Desde el punto de vista que aquí interesa, el del Derecho penal, el concepto de culpabilidad es el que separa el sentido de la naturaleza.” (JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, p. 43).

⁶⁸³ JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 12-3 [Destacado original].

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 46 [Destacado original].

⁶⁸⁵ Según Jakobs el conflicto tendría carácter *público* en la medida en que “[j]urídico-penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica.” (JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 12).

⁶⁸⁶ “Ciertamente, la conducta personal es también una conducta física, pero no se agota en lo externo, sino que además tiene un significado, que consiste en la comunicación acerca de normas. Frente a tal comportamiento no puede reaccionarse, a su vez, de modo exclusivamente externo, exclusivamente físico, sino sólo mediante una expresión con el significado de comunicación.” (JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, p. 22). Sobre el concepto de acción social como acción con sentido (finalista, teleológico, etc.), véase: WEBER, M. 1956., *op. cit.*, p. 5; MEZGER, E., *op. cit.*, p. 370; WELZEL, H., *op. cit.*, p. 2.

una persona”⁶⁸⁷; y (b) “que esta persona es competente para intervenir en asuntos públicos”⁶⁸⁸. Por consiguiente, si el acto divergente con la expectativa institucionalizada es protagonizado por un sujeto con pleno dominio de su actuar, se entiende que éste en su decisión de externalizarlo “afirma que el contenido comunicativo de su comportamiento es válido para ulteriores comunicaciones”⁶⁸⁹; así “el homicida declara a través de su hecho –*sit venia verbo*– que matar es aceptable en sociedad”⁶⁹⁰. En términos objetivos –es decir, con independencia de su representación consciente⁶⁹¹– su comportamiento postula un modelo de conformación normativa distinto al (institucionalizado como) socialmente válido⁶⁹²; en particular, contrario al condensado en la norma que de este modo es viola-

⁶⁸⁷ JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 50. En cambio, “[u]na vez afirmada la existencia del injusto, toda ausencia de culpabilidad [...] transforma el sentido comunicativamente relevante en algo sólo-individual, casual, y, en este sentido, en algo perteneciente al mundo de lo natural (en un mundo exterior a la comunicación).” (JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, pp. 45-6). Y, claro está, “la naturaleza no delinque, sino que, en todo caso, produce desgracias” (JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, p. 17).

⁶⁸⁸ JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 50. “Sólo puede ser persona jurídico-penal activa, es decir, autor o partícipe de un delito, quien dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura social, precisamente, el Derecho. Se trata, como resulta evidente, del concepto jurídico-penal de culpabilidad. De la competencia forma parte el reconocimiento social como ciudadano pleno del que carecen, por ejemplo, los niños o las personas con dolencias psíquicas; y no es el estado infantil o la enfermedad psíquica *per se* lo que excluye la capacidad de culpabilidad, sino son sus repercusiones sociales, es decir, precisamente la falta de reconocimiento pleno.” (JAKOBS, G. 2003a., *op. cit.*, p. 22). Se advierte aquí con claridad un nuevo elemento en común con el modelo hegeliano: “en la prevención general positiva, el dolor penal se inflige a una persona competente, capaz de ser culpable, y precisamente no a un niño o a seres humanos mentalmente enfermos o débiles; pues frente a éstos no hay expectativas normativas que puedan ser defraudadas. Hegel formuló esta idea –de manera algo patética, pero completamente acertada en el contenido nuclear– afirmando con la pena se honra al delincuente como ‘ente racional’ [HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, §100]; precisamente, sólo se le pena porque se le entiende como igual, como ciudadano pleno.” (JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, pp. 57-8). Véase *supra*. §III.2.4.

⁶⁸⁹ JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 51.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 51. Cfr. KANT, I. 1797., *op. cit.*, p. [Obs. Gral. §A] 153 n.; y HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§100] 187.

⁶⁹¹ “Esto [...] no debe entenderse de modo psicologizante; desde ese punto de vista, el infractor de la norma –a no ser que quiera fundar una contrasociedad o actuar como Eróstrato– por regla general no desea significar absolutamente nada, sino que, por el contrario, intentará mantener su hecho *privatissime*. Pero la sociedad que insiste en la definición del infractor de la norma como persona –aunque formal– [...] [n]o entiende la conducta como naturaleza, sino como contradicción.” (JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, pp. 21-2).

⁶⁹² Salvedad que remite al necesario desfase que, según sostuvimos, se da entre la voluntad instituyente y la voluntad instituida que se erige en su representación. Véase *supra*. §II.1.2.

da⁶⁹³. En palabras de Jakobs: un quebrantamiento de la norma “niega las condiciones de lo común. Su significado es: ¡no esta sociedad!”⁶⁹⁴. La regla es infringida en tanto el sentido del acto la desautoriza a nivel comunicativo⁶⁹⁵; la consecuencia a nivel social (fáctico) es su puesta en duda como patrón de referencia para la orientación, con la consiguiente desestabilización de la red de recíprocas expectativas que, reposando sobre ella, permite y garantiza la coordinación intersubjetiva:

...la violación de la norma es socialmente disfuncional pero no tanto porque resulten lesionados determinados intereses o bienes jurídicos, sino por cuanto es puesta en discusión la norma misma como orientación de la acción y, en consecuencia es afectada la confianza institucional de los coasociados.⁶⁹⁶

Cuando la norma desautorizada es de las que consagran los principios fundacionales de la organización social, se hace imprescindible para el mantenimiento contrafáctico de su vigencia la introducción de mecanismos como la pena. En principio, su operación se despliega en el mismo nivel comunicativo en que el hecho adquiere el estatus institucional (el significado) de delito (infracción a la norma); como afirma Lesch:

Delito (quebrantamiento de la norma) y pena se localizan [...] en el mismo plano, el plano del significado, y no en aquél, tan sólo exterior, empíricamente tangible, de los resultados materiales del delito. Pena y de-

⁶⁹³ “La norma obliga a elegir la organización a la que no se siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma.” (JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 46).

⁶⁹⁴ JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, p. 21.

⁶⁹⁵ “[U]n hecho culpable es una configuración del mundo que pretende ser determinante. Es con esta interpretación que se alcanza el plano verdaderamente social: la comunicación; el autor afirma a través de su hecho que el mundo debe ser configurado del modo en el que él se comporta, es decir, en contra de la norma y no de otra manera.” (JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, pp. 50-1 [Destacado original]).

⁶⁹⁶ BARATTA, A. 1985., *op. cit.*, p. 3. El delito –continúa Baratta– “es una amenaza a la integridad y la estabilidad sociales, en cuanto constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho. Esta expresión simbólica hace estremecer la confianza institucional y la pena es, a su vez, una expresión simbólica opuesta a la representada por el delito. Como instrumento de prevención positiva, ella tiende a restablecer la confianza y a consolidar la fidelidad al ordenamiento jurídico...” (*Ibid.*, p. 3).

lito son actos simbólicos, tienen un contenido simbólico-comunicador; deben ser entendidos como discurso y réplica.⁶⁹⁷

El contenido de sentido expresado a través del castigo consiste en la afirmación de que, pese a la negación que comporta el caso concreto, el patrón de orientación previsto por la norma se mantiene en vigor, es decir, que lo determinante continúa siendo el referente normativo que ésta formula y no aquel implícito en la conducta que la infringe:

La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no-vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante.⁶⁹⁸

La norma se reafirma contrafácticamente en su validez demostrando que el conflicto no se debe a una falencia epistémica de la víctima en la confección de sus expectativas sino a la transgresión injustificada de una expectativa normativa perfectamente válida por parte de quien protagoniza un hecho institucionalmente definido como delito⁶⁹⁹ – que correlativamente lo redefine como delincuente–:

La pena –como la infracción de la norma– no debe ser considerada sino como un suceso no exterior (dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males⁷⁰⁰), sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma. Se demuestra así que

⁶⁹⁷ LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 77. En el mismo sentido Jakobs: “El asunto [...] está en relación con la conexión entre el hecho en cuanto afirmación y la pena en cuanto respuesta [...], es decir, con la interpretación de la secuencia de hecho y pena como interacción simbólica.” (JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 64).

⁶⁹⁸ JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, p. 19. “El significado puramente jurídico de la pena es la contradicción contra la infracción de la norma” (JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 71).

⁶⁹⁹ Como se advierte, “ya a través del mero hecho de que un delito sea perseguido se muestra que se pretende mantener la configuración que la sociedad ha tenido hasta el momento; incluso la mera denominación de un delito como tal delito significa su marginalización comunicativa...” (JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 51).

⁷⁰⁰ Se observa aquí una nueva referencia a Hegel (Cfr. HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§99] 185) que en otro lugar Jakobs hace explícita: “Tomado de modo aislado, la pena no es más que un mal, y si se mira la secuencia externa de hecho y pena, se produce, según la conocida expresión de Hegel, la irracional secuencia de dos males. Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del hecho entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional...” (JAKOBS, G. 1996., *op. cit.* pp. 10-1).

el autor no se ha organizado correctamente: Se le priva de medios de organización. *Esta réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena.*⁷⁰¹

Ahora bien, como vimos, en este modelo la función del derecho penal y de la pena remiten a su aptitud para producir *de facto* determinado resultado a nivel social: mantener la configuración, forma o estructura del orden jurídicamente institucionalizado. Si la pena se justifica exclusivamente por su capacidad de “garantizar la seguridad de las expectativas en los contactos sociales, posibilitando la existencia de la propia sociedad”⁷⁰², se sigue que “la vigencia de la norma no es un fin en sí mismo”⁷⁰³; antes bien

...la pena tiene una función que debe surtir efectos finalmente en el nivel en el que tiene lugar la interacción social, y que *no se agota en significar algo*: La pena debe proteger las condiciones de tal interacción y tiene, por tanto, una función *preventiva*.⁷⁰⁴

Para re-estabilizar el sistema institucionalizado de orientación social no es suficiente con negar a nivel abstracto la validez del esquema de configuración normativa ínsito al actuar antijurídico; debe además demostrarse que el conflicto que la desautorización de la norma genera ha de imputarse al sujeto infractor como fruto del inadecuado modo en que organizó su comportamiento, es decir, como su *responsabilidad*. Y, como indica Jakobs, “resulta imprescindible una medida mínima de respaldo cognoscitivo de

⁷⁰¹ JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 13 [Destacado original].

⁷⁰² *Ibid.*, p. 20.

⁷⁰³ JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 54.

⁷⁰⁴ JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 18 [Destacado agregado]. Se distancia, empero, de esta posición, circunscribiendo la operación de la pena a la esfera simbólica, cuando señala que “la pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa de la sociedad. [...] [T]al fin [de la pena], si es que se quiere hacer uso del término, recibiría una denominación completamente desdibujada con un *ne peccetur*. ¿Por qué iba a entregarse la sociedad a la ilusión de que previene delitos? [...] *Se previene algo*, pero no un delito futuro cualquiera, sino *que lo delitos ya no se conciben como delitos*; lo que se previene, por tanto, es la erosión de la configuración normativa real de la sociedad. La pena pública es el mantenimiento del esquema de interpretación válido públicamente.” (JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, pp. 15-6 [Destacado agregado]). La sanción, concluye luego, “no tiene un fin, sino *constituye en sí misma la obtención de un fin, scil*, la constatación de la realidad de la sociedad sin cambios”. (*Ibid.*, p. 25 [Destacado agregado]).

las normas para la estabilización de su validez”⁷⁰⁵. Por lo tanto, para que la fuerza vinculante del precepto pueda reafirmarse y el modelo de orientación planteado por el autor descartarse enfatizándose la inadmisibles incorrección normativa del modo en que configuró su actuación, la réplica punitiva debe materializarse “a costa suya”:

La pena marginaliza el significado del hecho. En cuanto marginalización de un contraproyecto [de sociedad] ejecutado, también la pena debe ser ejecutada: tiene lugar como *violencia*.⁷⁰⁶

Para expresar de manera inequívoca el rechazo social (institucional) hacia el modo en que se ha organizado, la pena lo privará temporal o perpetuamente de los medios con los que un ciudadano normalmente cuenta para organizarse⁷⁰⁷:

...una comunicación que tiene lugar a través de una mera denominación es etérea, y eso puede que no sea suficiente frente a un hecho que no se agota en una mera afirmación contraria a la vigencia de la norma, sino que también ejecuta el acto que lesiona la vigencia, objetivándolo en ese sentido [...]. Por el contrario, es necesario objetivar también la respuesta confirmatoria de la vigencia, y ello a costa del autor, ya que éste debe resarcir a la sociedad por el daño en la vigencia de la norma que ha producido; los costes se imponen al autor privándoles de medios de desarrollo –de todos–: en la pena de muerte; de la mayoría, durante un período de tiempo: en la pena privativa de libertad; de algunos: en la pena de multa.⁷⁰⁸

El hecho de que la infracción a la norma sea sancionada no es suficiente *per se* para el mantenimiento del orden; para ello es necesario que en la mayoría de los casos la

⁷⁰⁵ JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 19. Como tiempo después recalca: “Todos los entes normativos necesitan de una base cognitiva que alcance lo fundamental, pues de lo contrario sólo existen en sí, conceptualmente, pero, precisamente, no en la realidad.” (JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 53). Sobre el correlato fáctico imprescindible para la operación (normativa) de la norma, véase: SCHMITT, C. 1934., *op. cit.*, p. 28.

⁷⁰⁶ JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, p. 34 [Destacado agregado]. Cfr. DURKHEIM, É. 1893., *op. cit.*, p. 127.

⁷⁰⁷ “Si se pretende evitar esa erosión [de la norma], ha de anudarse una conducta de tal modo que quede clara la imposibilidad de llegar a lo común a través del quebrantamiento de la norma. Al infractor de la norma se le priva de la posibilidad de comportarse en el plano físico, como única condición de lo común con él, que le es accesible a la sociedad; se le retiran de modo más o menos radical de sus medios de interacción: pena” (JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, pp. 22-3).

⁷⁰⁸ JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 52.

norma primaria obtenga obediencia por sí misma⁷⁰⁹. La pena sirve a dicho objetivo en la medida en que no sólo re-estabiliza la vigencia de las expectativas defraudadas en la esfera comunicativa marginalizando el significado del hecho⁷¹⁰; sino también reduce a nivel fáctico el riesgo de una erosión generalizada en la observancia práctica de la norma⁷¹¹. Así, a través del dolor o violencia física que se impone al castigado con objeto de demostrar la incorrección del actuar por el que se lo responsabiliza, la pena cumple también una *función preventiva*:

Si se tiene en cuenta esa necesidad de procurar la vigencia *directa* de la norma primaria, el dolor infligido por la pena obtiene aparte de su significado simbólico un peso cuantificable⁷¹²: debe ser tan intenso que el adquirir culpabilidad pueda representarse con carácter general como conducta que genera un saldo de más desventajas que ventajas.⁷¹³

De esta suerte, pese a que el decidido énfasis en el plano comunicativo sobre el que opera la re-estabilización simbólica del orden normativo quebrantado aproxima a Jakobs a los modelos retribucionistas⁷¹⁴, en última instancia su propuesta orienta la operación de la pena hacia la consecución de un efecto social fácticamente aprehensible y, en esta medida, admite inscribirse dentro de las propuestas de justificación funcional de la praxis punitiva. Así, la dimensión simbólica y material que, sostenemos, subyace al castigo y a sus modelos de justificación, recibe aquí una articulación explícita: “la pena *significa* una contradicción del significado del hecho, y el dolor de la pena debe *producir* prevención general positiva.”⁷¹⁵

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 54.

⁷¹⁰ La privación de los medios de interacción no “se produce para marginalizar a la persona; no es ella la que se convierte en irreal, sino el significado de su conducta: esa conducta no fundamenta algo en común, sino lo disuelve, lo que significa que para el posterior desarrollo de la sociedad, es decir, para la realidad de ésta, la conducta no es determinante.” (JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, p. 23).

⁷¹¹ JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 48.

⁷¹² Cfr. HEGEL, G. W. F. 1821., *op. cit.*, p. [§101] 189.

⁷¹³ JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 55 [Destacado original]. Mecánica preventiva característica de la inhibición comunicativa: véase *supra*. §III.2.5.1.

⁷¹⁴ Cercanía particularmente clara en: JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, pp. 15-28.

⁷¹⁵ JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 57 [Destacado original]. La *violencia* (“La privación de medios de interacción del infractor de la norma tiene lugar como violencia” [JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, p.

* * *

La posición esbozada suele incluirse en la categoría “prevención general positiva” que nosotros tratamos como “función pedagógica inmediatamente social”⁷¹⁶. Así lo hace el propio Jakobs:

...se habla de prevención general positiva, debiendo ser la generalidad la destinataria del proceso, siendo confirmada en su actitud de fidelidad al ordenamiento –por ello prevención general–, pero –por ello ‘positiva’– no mediante intimidación, sino mediante un aprendizaje de la fidelidad al ordenamiento como actitud natural.⁷¹⁷

24]) en que la pena recibe fáctica expresión demuestra su capacidad de operar en ambos planos: (a) Por un lado, ejerce un efecto simbólico-comunicativo: “la pena ha de ser algo más que coacción, que infligir *dolor*: debe ser una respuesta con el contenido de que el ataque del autor contra la estructura normativa de la sociedad no es determinante y que esta estructura mantiene su configuración sin modificaciones.” (JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 51 [Destacado agregado]). Desde esta perspectiva “la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. [...] la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación” (JAKOBS, G. 1996., *op. cit.*, p. 11). Se mantiene, por tanto, circunscrita al plano simbólico: “no puede aprehenderse empíricamente el fenómeno de la confirmación de la identidad; pues ésta no es una consecuencia del proceso, sino su significado” (*Ibid.*, p. 12). (b) Mas, por otro, ejerce un efecto social tangible en la medida en que, sobre la base de dicho sentido institucionalmente adscrito, incide en la esfera cognitiva: “El bienestar de las personas se ve lesionado por el hecho en la medida en que el autor pone en riesgo el aseguramiento cognitivo, que también en el ámbito de las expectativas normativas siempre resulta necesario. Para resarcir ese daño, al autor se le impone un *dolor*, de modo que el hecho se entienda de modo generalizado como alternativa de conducta que no merece ser tomada en consideración –prevención general positiva.” (JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, pp. 71-2 [Destacado agregado]).

⁷¹⁶ Véase *supra*. §III.2.6.1.

⁷¹⁷ JAKOBS, G. 2003b., *op. cit.*, p. 56. En escritos previos Jakobs desglosaba la función social que está llamado a desempeñar el castigo en tres planos: (a) ejercitar en la confianza hacia la norma; (b) ejercitar en la fidelidad al derecho; y (c) ejercitar en la aceptación de las consecuencias. “Los tres efectos mencionados cabe resumirlos como ejercicio en el reconocimiento de la norma. Dado que tal ejercicio debe tener lugar en relación con todos y cada uno, en el modelo descrito de la función de la punición estatal se trata de *prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma* (la llamada prevención positiva general o colectiva –es decir, no sólo intimidatoria).” (JAKOBS, G. 1991., *op. cit.*, p. 18 [Destacado original]). Tiempo después –evidenciando su progresiva aproximación a Hegel en la materia–, pese a admitir que su teoría de la pena como confirmación de la configuración de la sociedad “tiene puntos de estrecho contacto” con la teoría de la prevención general positiva –en particular, con la expuesta por Welzel–, Jakobs se distancia de dicha denominación alegando que su “configuración demasiado psicologizante” resulta incompatible con una comprensión de la pena como “proceso de comunicación”. (JA-

Y, en efecto, estos modelos exhiben evidentes analogías estructurales, sobre todo porque ambos expresamente proponen como objetivo final de la pena reafirmar la validez del núcleo normativo sobre el que se sostiene la organización social. Sin embargo, el objeto de análisis difiere significativamente: aquí la función que justifica la praxis punitiva se mantiene prioritariamente circunscrita al nivel abstracto de la mecánica de (re)estabilización simbólico-comunicativa de las expectativas normativas institucionalizadas en el derecho como sistema; lo que torna conceptualmente improcedente, o en todo caso menos plausible, hablar de una función pedagógica que, como tal, debe tener como foco de operación más o menos directo la subjetividad de concretos individuos⁷¹⁸. Precisamente a raíz de que este planteamiento muestra una proximidad estructural con ese modelo pero se distancia de su aspecto más estrictamente pedagógico, es que provee elementos útiles para articular una posición respecto a la función de la pena en el marco de una finalidad genérica del derecho penal caracterizada por el concepto de “integración social” antes desarrollado.

Pero la capacidad de ofrecernos herramientas conceptuales adecuadas para la reconstrucción de un modelo de operación fáctica más certero no es, por cierto, mérito exclusivo de esta propuesta. Como hemos sostenido desde el comienzo, una observación medianamente imparcial de la dinámica con que actúa la pena, revela que las funciones que, concebidas en términos excluyentes, cada propuesta le asigna como propia, en la

KOBS, G. 1998., *op. cit.*, pp. 32-3). Expresamente contrario a esta denominación se muestra Lesch, para quien –en su deliberado intento por dar un giro retribucionista-hegeliano a este modelo funcionalista– “no se trata aquí de fines preventivos, esto es, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamiento. Se trata, por el contrario, de una *teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad*, que supera la oposición entre la fundamentación absoluta y la relativa, en donde fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren no sólo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista.” (LESCH, H. H., *op. cit.*, p. 79 [Destacado original]).

⁷¹⁸ Así lo señala el mismo Jakobs cuando delimita su modelo frente a la “prevención general positiva”: “La prevención general positiva –si es que quiere hacerse uso de ese término– no debe denominarse prevención *general* porque tuviera efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de *prevención* porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma.” (JAKOBS, G. 1998., *op. cit.*, p. 33 [Destacado original]).

práctica coexisten operando en distintas magnitudes de manera entrelazada. En este caso, si las similitudes entre este modelo y lo que denominamos “función pedagógica” saltan a la vista, no por ello son las únicas conexiones que cabría identificar. Así, la función de re-estabilización del orden normativo (general-universal) simbólicamente alcanzada mediante la imposición de un mal, muestra claras analogías con la “función expiatoria” y “retributiva”. Su decidido énfasis en la dimensión comunicativa, revela su cercanía con la dinámica medular de la “función expresiva” en su vertiente reprobatoria. El correlato externo que de la reafirmación de la vigencia de la norma se sigue sobre la interacción social que *de facto* se orienta por los cánones de conducta que consagra, es un efecto disuasivo de cara a cursos de acción antijurídicos que remite a la función de “inhibición comunicativa”. La admisión de la necesidad de materializar la pretensión simbólica de la pena en un suceso físico que afecta concreta y directamente al castigado, muestra matices de “inhibición fáctica” o inocuizadora; etc.

Esta interacción operativa, tal como se ha apuntado tangencialmente al revisar los modelos precedentes, se da entre todas las funciones, revelando cuan artificial resulta el pretendido hermetismo excluyente que la conceptualización tradicional sugiere.

Ahora, desde el momento en que se adopta una interpretación estrictamente formal del derecho como subsistema social, varios aspectos relevantes para la comprensión del fundamento fáctico del derecho penal terminan reformulados. Y si bien este giro hermenéutico no se traduce por necesidad en giros cualitativos de igual relevancia en los resultados teóricos –y en ocasiones se reduce a un giro meramente terminológico–, es igualmente cierto que en otros aspectos permite aprehender dimensiones del objeto que de otro modo quedarían excluidas, opacadas o inadecuadamente tratadas. Esto justifica, a nuestro parecer, haber reservado a esta última aproximación un espacio propio.

3. Dicotomías que estructuran la discusión sobre la función de la pena y su posible desarticulación

Antes de revisar las teorías de la pena señalamos que un motivo para prescindir de los nombres que tradicionalmente se les asigna era evitar el sesgo en que se incurre cuando, de modo relativamente arbitrario, se da por supuesto que la específica operación denotada por la denominación concentra exhaustivamente en sí la función de la pena. De ese modo, toda operación que difiere de la seleccionada es excluida o desplazada a la periferia como efecto colateral –externalidad no perseguida y en ocasiones bienvenida–. Es en base a esta opción teórica de adscribir una única y excluyente función al castigo sobre la que históricamente se ha desarrollado la controversia sobre sus fines.

Ahora bien, como en su lugar anunciamos, la vitalidad que hasta el día de hoy anima el debate no podría explicarse si éste se interpreta desde nuestro prisma metodológico. Los desacuerdos que la han mantenido en pie no admiten englobarse bajo la perspectiva externa aquí adoptada como modo aproximación cognoscitiva a la función de la pena. No se trata de discrepancias entre postulados de índole descriptiva, entre juicios fácticos sobre la manera en que de hecho funciona el castigo y sobre la mecánica interna de los instrumentos que le permiten materializar sus objetivos. Si la discusión se hubiese limitado a este enfoque, ese tipo de antagonismos difícilmente hubiesen surgido. Si de hecho han tenido y tienen lugar, se debe a que lo que aquí abordamos como teorías sobre la *función* de la pena han sido por lo general concebidas como teorías relativas a su *legitimación*. Con ello se transita desde una controversia de orden científico-técnico-descriptivo –como es la relativa a la articulación funcionalmente orientada de la práctica punitiva– a una discusión ético-político-normativa sobre la validez substantiva de la práctica de ese modo articulada. Es la vital importancia de lo que se entiende está en juego lo que explica la intensidad y longevidad del debate en cuestión.

Ahora, que los mismos modelos que para nosotros contienen teorías sobre la función de la pena hayan sido tradicionalmente comprendidos como juicios relativos al modo de dotarla de legitimidad, se explica por un supuesto implícito en la concepción estándar según el cual existiría un vínculo necesario entre cierto sustrato de validez normativa del derecho penal y la específica forma de operar que se le asigna a la pena. Se concluye entonces que, si y sólo si la pena opera del modo en que se consigna opera, puede reputarse legítima. Las demás funciones se excluyen no porque se consideren técnicamente ineficaces sino porque se juzgan axiológicamente incongruentes con el núcleo que legitima al sistema y que sólo sería compatible con el específico rol que en cada caso se le atribuye.

Hemos sostenido que resulta factible y conveniente identificar en un mismo fenómeno dos dimensiones de análoga relevancia pero disímil naturaleza a las que, por lo tanto, debe accederse desde prismas epistemológicos distintos. Para ello ha de establecerse una estratificación analítica que disocie dos aspectos de nuestro objeto; se requiere, por así decirlo, “desarmar” el fenómeno “castigo” para analizar separadamente sus partes. Desde esta perspectiva, un instrumento como la pena puede justificarse tanto (a) por la función fáctica que cumple como (b) por la validez normativa que esa función recibe desde la institución que la define. Deslindadas ambas dimensiones puede notarse que entre el contenido del fin que justificaría normativamente la institución –la *legitimidad* del derecho penal y por derivación de la pena– y el mecanismo que se elige como medio para llevarlo a la práctica –la *función* del derecho penal y por derivación de la pena como una de sus herramientas– no existen nexos necesarios y que, en principio, nada obsta para que se combinen indistintamente.

Afirmar que los vínculos no son *necesarios* no equivale a sostener que en los concretos modelos en que la pena se instancia no existan: la relación de hecho existe y da lugar al recíproco condicionamiento entre ambas dimensiones. Postular el deslinde conceptual en ningún caso equivale a sostener que la separación sea un dato constatable

en la práctica o que, correctamente entendido como ejercicio analítico, entre los segmentos disociados no exista interacción. Por el contrario, el lazo existe y se halla enraizado en la estructura misma del fenómeno tanto en su exterioridad como en su lógica interna. Dicho ensamblaje se advierte claramente en la incidencia que ejerce la dimensión de validez respecto a la organización material de la pena al establecer los fines que guiarán el desarrollo de las “tecnologías del castigo”: una vez definido el discurso que legitima la práctica, su articulación institucional se orienta deliberadamente a producir el efecto determinado y condicionado por esa justificación normativa. Su disfuncionalidad fáctica frustra la materialización del estado de cosas constitutivo de la finalidad que *ab initio* legitimó la construcción del dispositivo institucional. La ineficacia del medio impide la consecución del fin que lo legitima y de ese modo se priva indirectamente de su propia legitimidad. Carece, por tanto, de sentido pretender ver ambos aspectos como elementos aislados y operativamente desligados.

Ahora, del hecho de que, hasta cierto punto, la organización funcional de la pena se encuentre regulativamente determinada desde la dimensión de validez, no se sigue que esta última prescriba unidireccionalmente una específica mecánica como la *única* congruente con el sustrato normativo que ofrece como justificación de la práctica punitiva. En esto radica el error de la posición tradicional: trata un nexo funcional, convencional y contingentemente establecido como si se fuese un nexo interno, natural y necesario. Empero, si se aísla analíticamente la dimensión fáctica y se entiende que la función de la pena denota su condición de medio o instrumento, es decir, que designa una operación formal orientada a la realización de cierto fin; podrá notarse –como dijimos– que entre su configuración y el contenido material al que sirve no existen vínculos necesarios. Antes bien, podrá constatarse que (a) un mismo fin y contenido substantivo pueden alcanzarse –simultánea o alternativamente– a través de la estructura formal de más de un medio; y que (b) un mismo medio puede servir a la materialización de más de un fin. Por supuesto, lo anterior no niega que existan modelos de articulación fáctica más o menos efectivos para la consecución del fin que en determinado momento se juzga legítima el

castigo. Lo que se afirma es que eso no viene determinado ni por la naturaleza material del fin ni por la estructura formal del medio, sino por las particulares circunstancias históricas en que la articulación entre ambas dimensiones tiene lugar.

Por consiguiente, que carezca de sentido negar la existencia de una relación, no implica que carezca de sentido otorgar un tratamiento analíticamente diferenciado a los elementos relacionados. Es más, nos parece que esa diferenciación no sólo tiene sentido sino que resulta, en el estado actual de la discusión, imprescindible. Creemos que en el caso del debate sobre la pena, la no realización de este deslinde conceptual ha tenido un efecto negativo: introduciendo equívocos que entorpecen el debate y/o estancándolo al crear antagonismos aparentes que desvían la atención de los muy reales conflictos que en el intertanto subsisten incólumes bajo la cubierta.

Realizar la distinción entre ambas categorías exige desarticular el discurso en que las teorías se formulan: su presentación unitaria se fragmenta y los elementos que compactamente la integran son desacoplados. Al proceder de este modo podrá advertirse que es también posible y lícito entender que las operaciones que cada modelo postula como *la* función de la pena no constituyen sino aspectos de una dinámica más compleja que, en el marco de una finalidad de mayor alcance, recurre instrumentalmente a ellas. Consideramos que esas operaciones pueden comprenderse como distintos momentos de la función genérica que hemos atribuido al derecho penal, esto es, que el mecanismo enfatizado por cada modelo puede entenderse como eslabón de una cadena que en última instancia apunta a la integración social como objetivo y fundamento funcional del derecho penal⁷¹⁹.

* * *

⁷¹⁹ La posibilidad de reconducir las particulares operaciones inmediatas a una función general mediata, marca la diferencia entre nuestra propuesta y las denominadas teorías “combinatorias” que, en virtud de un artificial equilibrio, pretenden mantener coetáneamente funciones que juzgan antinómicas.

La última afirmación, enunciada en más de una ocasión, debe ahora justificarse.

Como primer paso podemos retomar el tema de las denominaciones. Hemos visto que los nombres tradicionalmente asignados a algunas teorías pueden problematizarse. Ahora, si a nuestro juicio vale la pena detenerse en la cuestión nominal, es porque remite a un problema que va más allá del etiquetado. Al menos en su origen, cada denominación fue fruto de una decisión, la conclusión de un razonamiento que en ese momento se consideró justificaba la adscripción. Por lo tanto, tras cada nombre existe una construcción teórica que lo justifica y que se mantuvo silenciada en el subsuelo de un largo debate que tendió a olvidarla para mantenerse en la superficie. Puede accederse a ese sustrato, reactivándolo, examinando un conjunto de estructuras dicotómicas que, ofreciendo pares de categorías antinómicas a distintos niveles, han organizado históricamente la controversia asignando a cada modelo una específica posición en el espacio teórico.

A nuestro juicio, tal como las etiquetas que de ellas surgen, estas dicotomías clásicas que han servido de criterios de distribución topológica, pueden controvertirse. En rigor, es justamente la revisión de estas categorías lo que nos permite problematizar las denominaciones y cuestionar la validez del supuesto que a ellas subyace según el cual la operación que atribuyen a la pena sería su función por antonomasia y la justificación de esa atribución reposaría en argumentos indefectiblemente axiológicos. Consideramos – como se dijo– que puede hablarse de la función de la pena desde un punto de vista externo que no juzgue su legitimidad; puede desarticularse la sobre-simplificadora ligazón entre el castigo y una única operación; y pueden descomponerse los elementos contenidos en los modelos, extrayéndolos de su contexto discursivo original para reordenarlos en pos de una caracterización más acertada de la función de la pena que admita insertarse coherentemente en el marco institucional del derecho penal tal como la concebimos. Y para hacer esto puede relativizarse el sustrato teórico sobre el que reposan las dicoto-

mías que históricamente encuadran el espacio en el que puede hablarse de la pena y de su función.

Sostendremos que, si nos enfocamos a una descripción del castigo en su dimensión estrictamente fáctica, el criterio sobre el que reposa cada disyunción se resquebraja. Si el criterio no se sostiene, la oposición dicotómica tiende a deshacerse, y con ello el vacío supuestamente insalvable que determina la irreductible inconmensurabilidad de los modelos situados a distintos lados de la frontera, también se diluye. En concreto, intentaremos mostrar que la “radical” oposición entre las categorías es superficial; que traspasando esa fachada es posible reconducir ambas posiciones a una función unitaria; y que, una vez desechada la inflexibilidad categorial de la propuesta original, la reconducción a esa operación unitaria sienta las bases de un modelo hermenéutico más fructífero para la comprensión de la función que *de facto* desempeña la pena: la mecánica coactiva de control social con que actúa en lo inmediato se justifica mediatamente por su inscripción instrumental en el marco de la función general de integración social que define al derecho penal.

A continuación se aludirá a las dicotomías clásicas y se esbozará un posible modo en que la oposición puede disolverse inscribiendo ambas dimensiones bajo una categoría superior –en el sentido lógico (no-normativo) de que las contiene– que prescindiera de su artificial rigidez y se convenga más certeramente con los rasgos que el fenómeno de la pena exhibe en su facticidad. En particular, veremos que tras cada dicotomía puede encontrarse una misma estructuración en términos de operación inmediata/mediata que permite reunir las bajo un eje común y, de esta suerte, desarticular la presunta oposición. Esa categoría unitaria viene definida por la función mediata, y aquella que en lo inmediato parece diferir de ella, debe reinterpretarse como una fase o momento de tránsito inscrito en un proceso de mayor alcance guiado por la pretensión de materializar la función a la que en última instancia sirve y en virtud de cuyo servicio la pena adquiere justificación.

3.1. Naturaleza del juicio que la justifica: absoluto o relativo

Esta dicotomía aparece estrechamente ligada a los modelos de legitimación del derecho penal: mientras las teorías absolutas apelan a la justicia como fundamento normativo en el marco de una ética deontológica; las teorías relativas asignan un sentido a la pena en virtud de las consecuencias sociales que produce, en particular, efectos preventivos normativamente justificados en base a éticas teleológicas, sistemas consecuencialistas de raigambre, por regla general, utilitarista⁷²⁰.

A nuestro juicio, esta habitual asociación refleja fielmente la confusión que se sigue de no proceder al trazado de distintos niveles de análisis que aquí hemos propuesto. En relación, por ejemplo, el modelo de justificación *relativo* que aspira a *legitimar* la pena en virtud de sus consecuencias preventivas, basta con indicar que el efecto que de hecho produce un instrumento en el ejercicio de su función –la evitación de delitos, por ejemplo– carece de la capacidad de justificar normativamente la función que lo produjo. Si las consecuencias fácticas de una acción pueden legitimarla es porque esos efectos son objeto un juicio de valoración cuyo criterio de corrección no proviene –ni puede provenir– de ellas, sino de un discurso que opera sobre una dimensión de validez interna que (inter)subjetivamente es asociada a esa facticidad. Se sigue que el sentido que justifica normativamente a la pena no puede encontrarse en el efecto preventivo que pueda producir sino, eventualmente, en el sentido normativo que se le adscriba a ese resultado. Este sentido supone la inscripción de ese efecto fáctico en un sistema axiológico a partir de cuyas reglas pueda fundarse el juicio que aprueba la obtención de esos resultados como un estado de cosas “correcto”. Justificar el resultado equivale a afirmar que esta-

⁷²⁰ Para las teorías absolutas y su recurso a la justicia, véase *supra*. [§III.2.4.] la llamada función retributiva. Para las teorías relativas y su apelación a la utilidad, véase *supra*. [§III.2.5.] la función inhibitoria.

mos ante un resultado justo. El principio o el procedimiento a partir de los cuales se desenvuelva el razonamiento que permite concluir que ese efecto merece calificarse de justo —el recurso al cálculo utilitarista, por ejemplo— en nada afecta el estatus de la conclusión: con independencia del modo en que ese juicio se cimiente, continúa siendo un juicio respecto a su (in)justicia.

Desde la perspectiva de la legitimación de la pena, los juicios articulados de acuerdo a esta simple disyunción, por necesidad lógica terminan deslizándose hacia el lado de los juicios *absolutos*. En cambio, si la pregunta no es por la legitimidad sino por la *función* —que es lo que aquí nos preocupa— veremos que todos los modelos son por necesidad teleológico-consecuencialistas, es decir, se concentraran del lado de los juicios *relativos*⁷²¹. Revisaremos primero las categorías que conforman la dicotomía para luego explicar cómo podría procederse a reunificar el dualismo en esa dirección.

* * *

Se entiende que estamos ante un modelo de fundamentación del castigo de naturaleza *absoluta* cuando se justifica incondicionada e inmanentemente, es decir, en la medida en que la pena encuentra fundamento en si misma con exclusión de todo factor externo⁷²². En su formulación clásica esta posición denota y es expresión de un concepto también absoluto de justicia. Descifrados los dictados de la Justicia, éstos se tornan preceptos imperativos característicos de una ética deontológica: el imperativo justo es un imperativo dotado de validez *a priori*. Se sigue que su corrección substantiva es inmune a los efectos que de su (in)observancia fáctica se sigan o puedan seguirse, es decir, que

⁷²¹ Conclusión que, por lo demás, puede entenderse analíticamente implícita en el concepto de *función* [véase *supra*. §I.1.].

⁷²² Salta a la vista que, como en su lugar vimos, el paradigma de modelo absoluto es el retribucionista: véase *supra*. §III.2.4.

estamos ante deberes incondicionados. Considerar esos efectos externos supondría supe-
editar el imperio de la Justicia a datos contingentes obtenidos *a posteriori* de la experien-
cia lo que destruiría de raíz la fuerza categórica de sus mandatos.

Si el derecho (penal) es transparente expresión de los dictados de la razón prácti-
ca, el contenido que sus reglas prescriben es absolutamente justo. Sus normas gozan de
validez intrínseca y eso basta para afirmar que quien las vulnera merece ser castigado.
La imposición del castigo es también, por consiguiente, un deber categórico que no ad-
mite excusas basadas en la evaluación de los efectos externos (actuales o especulativa-
mente anticipados para el futuro) que deriven de su ejecución, ni en consideraciones
fácticas de ningún tipo. La pena se justifica porque es justa, y es condición suficiente
para considerarla justa el que se constituya en respuesta a un delito definido como injusto
por un orden jurídico globalmente justo.

* * *

En cambio, de acuerdo al juicio *relativo*, la pena se justifica en la medida en que
es puesta en relación con elementos externos, trascendentes a sí misma; en particular,
aparece condicionada por su capacidad de constituirse en causa de determinados efectos.
Es la materialización –actual o potencial– de esos efectos lo que justifica la pena. Esto la
inscribe en una ética teleológica: la institución se justifica exclusivamente en virtud de
determinado fin o *telos*. Cuando como fin se entienden ciertas consecuencias, la
(in)corrección de la acción no depende de su valor intrínseco o de la motivación interna
que la precedió, sino de su capacidad de materializarlas; hablamos entonces de una ética
consecuencialista.

Cuando se pregunta por la fuente de la que emana la corrección de las conse-
cuencias perseguidas como fines, el razonamiento suele derivar en algún tipo de utilita-

rismo según el cual lo que legitima al fin es, por ejemplo, su capacidad de maximizar el bienestar social. En este caso, el efecto que perseguiría la pena sería prevenir delitos⁷²³. Esos efectos representan su finalidad; su justificación se encuentra condicionada a su capacidad de cumplirla. La pena se justifica porque es útil, y es útil si y sólo si produce determinado efecto: previene el crimen (evitando el perjuicio del delito y maximizando el beneficio del no-delito).

* * *

Ahora, si se revisa con mayor detención la aplicabilidad de esta disyunción categorial para comprender la *función* de la pena, notaremos que la naturaleza “absoluta” de los juicios debe, por así decirlo, “relativizarse”; o, lo que es lo mismo, que en este plano toda teoría es por necesidad *relativa*. En realidad, esta conclusión surge tácitamente desde el momento en que se postula el deslinde conceptual entre los problemas de justificación fáctico-funcional y los de validez normativa; desprendiéndose analíticamente ya del concepto mismo de “función” que hemos empleado⁷²⁴.

En la medida en que pueda afirmarse que parte de la fundamentación del derecho penal depende de su capacidad de generar determinados efectos a nivel social, se está sosteniendo que el juicio que formula esa justificación es de naturaleza sintética, esto es, que recoge datos de la experiencia. Esos datos remiten a consecuencias que se le atribuyen como su finalidad o *telos*, y el criterio que guía el juicio remite a una racionalidad medio/fin: se trata de evaluar la (in)eficacia del instrumento de cara al objetivo al que sirve. Si el juicio sobre la función de la pena es de naturaleza sintética, se encuentra condicionado en su validez a factores extrínsecos y es, por consiguiente, un juicio relativo, *a posteriori*.

⁷²³ Véase *supra*. §III.2.5.

⁷²⁴ Véase *supra*. véase §I.1.

Lo anterior no niega que la dimensión absoluta juegue un rol en la articulación institucional de la pena⁷²⁵. De hecho lo hace, y lo hace porque buena parte del sustrato normativo que subyace a su razonamiento –en particular su referencia a un concepto “consecuencialistamente” incondicionado de justicia– mantiene hasta hoy su vigencia, planteando ciertas exigencias (deontológicamente fundadas) que inciden sobre la organización práctica de la punición.

Sin embargo, sostener que la organización de la pena se encuentra parcialmente guiada por principios de validez incondicionada en el sentido de las teorías absolutas, no nos obliga a admitir que esos mandatos se justifiquen por sí solos, inmanentemente o de modo “absoluto”. Si la pena es por naturaleza un instrumento, cabe reiterar que su justificación sólo puede emanar de juicios que formulen una pretensión de validez teleológica, es decir, que se sustenten en la obtención de ciertos efectos. Si, como juzgamos debe hacerlo, la pena demanda ciertas formas de articulación institucional que reposan (en lo inmediato) sobre juicios de validez absoluta –juicios no supeditados al cálculo consecuencialista por parte de los agentes oficiales encargados de su implementación–, ello no se debe a la validez intrínseca que esos principios pudiesen pretender en virtud de su conexión interna con alguna abstracta idea de justicia. Antes bien, las demandas de validez deontológica (absoluta) que formula la pena, deben entenderse como exigencias externa y teleológicamente determinadas en su contenido, es decir, relativas. En este sentido, su configuración “absoluta” en lo inmediato no es más que la forma que deben adoptar para acceder en lo mediato a una justificación que es de naturaleza “relativa”: el deber que en una concreta instancia opera de modo incondicionado existe en la medida en que su instauración como tal sirve para fines que lo trascienden y, por tanto, lo condicionan. Por ende, si en determinadas fases la pena de hecho opera –e, insistimos, *debe* operar– como si se fundase en juicios de valor absoluto, ese juicio absoluto debe reconducirse a un juicio relativo más amplio en que instrumentalmente se inscribe.

⁷²⁵ Tal como se vio al examinar la teoría absoluta por antonomasia de justificación funcional de la pena, esto es, la retribución. Véase *supra*. §III.2.4.

La dicotomía se debilita al advertir que la naturaleza instrumental del objeto obliga a que en la evaluación de su racionalidad los juicios analíticos relativos a la estructura de la pena se subordinen a los juicios sintéticos relativos a su función; o, en otras palabras, en tanto se advierte que en la esfera de la racionalidad instrumental (función) las exigencias deontológicas (absolutas) se encuentran supeditadas a las teleológicas (relativas).

Esto es otra forma de aludir a la naturaleza de la pena como realidad institucional. Institucionalmente la pena emerge con las reglas que la definen. Para justificar una concreta operación a la pena le basta con remitir a esas reglas generales. Y para que esas reglas la definan no pueden estar ellas mismas continuamente sometidas a redefinición por parte de los agentes cuya actividad debe regular. Por el contrario, esas reglas han de operar respecto a la práctica que regulan como patrones de conducta incondicionados y en ese sentido absolutos. Pero si nos desplazamos hacia la justificación de las reglas que constituyen institucionalmente a la pena –y en última instancia a la práctica en su globalidad– notaremos que la auto-referencialidad toca techo, que la búsqueda del fundamento debe dirigirse necesariamente hacia el exterior, y que ese exterior que justifica relativamente a la institución, mediatamente justifica la operación absoluta que sus reglas imponen a ciertos aspectos de la pena desarrollada a su alero.

3.2. Dimensión temporal: retrospección o prospección

Si nos movemos hacia el eje temporal, la categorización dicotómica adopta la forma de una oposición entre modelos que justifican la pena por razones retrospectivas (pasado) y aquellos que lo hacen en virtud de consideraciones prospectivas (futuro). Estas categorías están íntimamente asociadas con la anterior: se sostiene que las teorías de la pena absolutas se fundan retrospectivamente (*quia peccatum est*), mientras las relativas lo hacen prospectivamente (*ne peccetur*).

* * *

Que las teorías relativas operen de modo diacrónico –a lo largo del tiempo–, orientadas *prospectivamente* hacia el futuro, se sigue con naturalidad de la caracterización antes ofrecida. Si la justificación del castigo reside es su capacidad de generar ciertos efectos a nivel social, el espacio temporal donde ha de centrar su atención será el único en que estos podrían realizarse: el futuro. Esto significa que el castigo impuesto *hoy* se justifica exclusivamente en virtud de las consecuencias que se prevé se seguirán *mañana*, y que todo recurso a hechos situados en el *ayer* se encuentra *prima facie* excluido o subordinado a su idoneidad instrumental para materialización (futura) de esos efectos.

Ahora, si en el plano temporal la fuente de justificación se circunscribe estrictamente al futuro, necesariamente el castigo adoptará la forma de un mecanismo para la neutralización de peligros. En los modelos “preventivos” – “relativos” y “prospectivos”

por definición— y particularmente en la llamada “prevención general negativa”⁷²⁶, se evidencia con claridad cómo la actualidad de la pena (su ejecución en el presente) no se justifica más que (a) sobre el supuesto (meramente especulativo) de que existiría el peligro de que conductas análogas se repitan en el futuro y (b) en la creencia de que el castigo es un mecanismo idóneo para neutralizarlo. El destinatario del mensaje prospectivo — sea cual sea la específica mecánica de su operación— es siempre y por necesidad el sujeto en tanto *potencial* y no *actual* delincuente: la estricta orientación hacia el futuro no puede justificar el castigo en virtud de un delito ya irreparablemente cometido —que constituiría al castigado en actual delincuente⁷²⁷— sino única y exclusivamente en función de futuros delitos que podrían cometerse y, mediante la pena, evitarse. Como suele decirse, en el marco de estas teorías el castigo tiene lugar “con ocasión” y no “a causa” del delito: el hecho pasado no es más que la oportunidad para implementar un dispositivo orientado a minimizar el peligro incidiendo sobre la subjetividad de los potenciales criminales de modo tal de dirigir su voluntad hacia comportamientos cuya externalización futura no afecte los bienes jurídico-penalmente protegidos.

Que la pena encuentre justificación en su capacidad de neutralizar el peligro de hipotéticos delitos futuros, y tenga lugar sólo “con ocasión” del efectivo; da cuenta de la importante proximidad que estas teorías guardan con aquellas orientadas a justificar no

⁷²⁶ Véase *supra*. §III.2.5.1.

⁷²⁷ En rigor, el hecho de que un sujeto X cometa un delito Y, en sí mismo sólo justifica afirmar eso; que “X realizó Y” y que “Y constituye un delito”. El paso desde (a) “X cometió un delito” a (b) “X es un delincuente”, no puede fundarse sólo en (a). El juicio (b) trasciende la esfera de la constatación fáctica de un evento externo situado en el pasado; se trata de una evaluación de la personalidad del sujeto que —en general, mas ni siquiera de modo necesario— incluye (a) pero no se limita a (a). La adscripción del estatus de “delincuente” supone un juicio cuyo objeto es la subjetividad del autor —y no la objetividad del delito—; un juicio respecto a su personalidad que alberga la pretensión de estar dotado de cierta estabilidad o permanencia en el tiempo: ser delincuente es “algo más” que haber cometido un delito. Tras la “inocente” calificación subyace el mecanismo antes revisado: la nominación opera performativamente sobre el objeto nominado constituyendo —al imputársela— una subjetividad institucional (estatus) que tiende a ser incorporada como propia y a ser socialmente reconocida como tal. De ahí el efecto de estigmatización social que deriva de ser autoritativamente denominado “delincuente”. En este marco, el delincuente nunca lo es sólo en la actualidad: en tanto juicio respecto a su personalidad, la calificación se inscribe en su identidad, proyectándola prospectivamente y constituyéndolo *ipso facto* en fuente de peligro a neutralizar.

la pena sino las *medidas de seguridad*. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, como a continuación veremos, la pena posee una orientación siempre en última instancia prospectiva⁷²⁸. Esto implica que el efecto instrumentalizador de esa disposición temporal constituye un rasgo inextirpable de la práctica punitiva como tal; remite, en particular, a la dimensión de violencia que la caracteriza. Consecuencia de ello es que la tajante inconmensurabilidad que usualmente se plantea existiría entre los modelos de justificación de la pena y aquellos que hacen lo propio respecto a las medidas de seguridad, debe relativizarse.

Ahora bien, desde la perspectiva de la operación fáctica del castigo, advertir la presencia de estos rasgos no significa admitir sin más su validez normativa. Las implicancias sobre la posible legitimación de una pena así homologable a las medidas de seguridad –que suponga, por ejemplo, una forma de instrumentalización compatible con la prescindencia de la culpabilidad del sujeto instrumentalizado– son evidentes. Empero, eso es algo que escapa al campo de la presente investigación.

* * *

En el caso de las teorías absolutas que se definen en términos *retrospectivos* la situación parece distinta. Una teoría que no ve en la pena un dispositivo destinado a producir determinados efectos no es, en rigor, una teoría sobre su *función*; por el simple hecho de que una función sólo puede desplegarse a través del tiempo⁷²⁹. Por lo tanto, en su caso el empleo del término “retrospectivo” no alude al espacio temporal donde los efectos de la pena se materializarían: primero porque la pena absoluta no persigue *pro-*

⁷²⁸ Rasgo también susceptible de ser analíticamente inferido del concepto de “función”: véase *supra*. §I.1.

⁷²⁹ Asignar una función implica entender la acción típica del sujeto como la causa de ciertos efectos, efectos que en el ámbito aquí relevante (social) deben suceder cronológicamente a la causa. Véase *supra*. §I.1.

ducir ciertos resultados, y segundo porque carecería de sentido pretender incidir fácticamente sobre un estadio temporal inaccesible en tanto irreversiblemente superado, sobre una realidad que, en tanto *pasada*, ha dejado de existir.

Si la posición absoluta remite al pasado no es, por lo tanto, para operar *sobre* el pasado. Si lo hace, es para extraer *del* pasado elementos que permitan reconstruir discursivamente –a través del proceso penal– eventos irremediabilmente acaecidos que sirvan de justificación para una acción (la pena) por necesidad anclada al presente. La visión retrospectiva se limita a constatar (acreditar jurídicamente) que tuvo lugar una acción culpable que vulneró determinadas directivas de conducta (un delito). Esta transgresión es condición necesaria y suficiente para avalar en la actualidad el merecimiento e imposición del castigo con independencia de las eventuales consecuencias que en un futuro pudiesen seguirse de ello.

Ahora, si la pena no se orienta a producir un resultado, esto no implica que no deba hacer “algo”; algún “efecto” debe obtenerse de su aplicación para que su existencia como realidad institucional (social) tenga sentido. Pero si la imposición del castigo ocurre en el presente y su “resultado” no puede tener lugar en el pasado (por no existir –más que en la “memoria” que permite su reconstrucción desde el presente–), pero tampoco en el futuro (por tratarse de una operación absoluta que se niega a considerar hipotéticos efectos prospectivos); cabe preguntarse *¿cuándo* cumple su objetivo?

Una posible respuesta sostiene que en una pena idealmente organizada el momento de su imposición coincide con el cumplimiento de la función que la justifica. Sin embargo, resulta poco plausible que la pena y sus “efectos” sean contemporáneos. Antes bien, cabría sostener que la precedencia de la pena respecto a sus efectos no es sólo de orden lógico sino también cronológico.

Según se ha expuesto, la pena es un hecho institucional. Puede entenderse que la observancia de los criterios deontológicos (absolutos) que regulan su ejecución la justifican, mas sólo en un sentido inmanente, intra-institucional: si un caso particular de impo-

sición del castigo cumple con las reglas generales que la institución que integra establece que debe cumplir para estar justificado; resulta –desde el punto de vista interno a la institución– *eo ipso* justificado. Pero el “efecto” de validez intra-sistémica que se sigue del cumplimiento de las reglas institucionales, nada nos dice respecto a la función social del instrumento ni de la institución en que se inscribe⁷³⁰.

La instauración de la pena como dispositivo institucional se justifica por su capacidad instrumental de alcanzar el fin que los participantes de la operación instituyente le adscriben como propio, esto es, como su función. Según hemos visto, institucionalizar una práctica supone estabilizar patrones de interacción que en un momento dado se juzga deben regular su futuro desenvolvimiento, manteniendo su vigencia pese a las eventuales divergencias que surjan entre el modelo estabilizado (la voluntad instituida) y el ulterior juicio de quienes participan de su institucionalización (la voluntad instituyente)⁷³¹.

Las reglas constitutivas que validan intra-institucionalmente a la pena se justifican en virtud del efecto social que en el momento instituyente se juzgó favorecerían. Pero una vez que son institucionalmente objetivadas, la validez de la práctica (punitiva) que regulan deja de estar condicionada por las consecuencias sociales que se sigan del cumplimiento de las reglas que la constituyen; en su operación cotidiana le basta con conformarse formalmente a ellas sin someter a (re)consideración la (dis)funcionalidad de su observancia de cara a los efectos que originalmente las justificaron.

⁷³⁰ Eventualmente la justificación auto-referencial puede entenderse capaz de *legitimar* la pena en la medida en que las reglas a las que remite gocen en sí mismas de validez y, de esta suerte, encuentren expresión en el dispositivo institucional que, aplicándolas, las respeta. Empero, desde el punto de vista de su justificación *funcional*, la observancia de los criterios de validez intra-institucional, nada nos dice si no es puesto antes en relación con los efectos extra-institucionales (sociales) que se siguen de ello.

⁷³¹ Esto mientras la divergencia no reciba traducción a nivel institucional modificándose los antiguos patrones. Del grado de (im)permeabilidad del modelo instituido respecto a la voluntad de los sujetos instituyentes, depende la legitimidad del primero. Esto remite a las condiciones extra-penales de las que en última instancia pende la legitimidad del derecho penal.

Se sigue que, para ser contemporánea la imposición fáctica de la pena y el resultado que la justificaría, el éxito según las reglas constitutivas de la institución debiera tener por correlato necesario su éxito en el plano social –que, en el marco de una acción teleológicamente validada por sus efectos, es lo que avala su existencia–. Pero para que exista total coordinación entre el efecto intra-institucional (jurídico) y el efecto extra-institucional (social) de la pena, las reglas que la definen debieran reflejar con total transparencia, y en todo momento, los fines sociales que las justifican, de modo que la validez según las reglas sea al mismo tiempo validez según sus efectos.

Ahora, en el caso, conceptualmente imaginable, de que tal coordinación se diera de modo permanente, dejaría de tener sentido hablar de “reglas” en sentido estricto: al formularse una norma se presupone lógicamente que el “ser” difiere o puede diferir del “deber ser” prescrito; por eso el primero puede y debe adaptarse al segundo. Naturalmente, lo dicho puede extenderse a las instituciones en tanto prácticas definidas (constituidas) por reglas: la finalidad de estabilizar a través del tiempo un modelo de interacción social dado (imponiendo violentamente sus categorías universales por sobre la particularidad divergente) presupone que la práctica intersubjetiva regulada difiere, diferirá o podría diferir del modelo institucionalmente objetivado. Por lo tanto, si de modo más o menos espontáneo se diera esa situación de sincronización exacta y transparente –y suponiendo que en ese escenario tuviera sentido hablar en estos términos–, se trivializaría totalmente el rol social que la institución está llamada a desempeñar: establecer un orden allí donde éste no se da por sí mismo⁷³².

En la práctica, la divergencia entre la regulación y la realidad regulada existe. Ello se traduce en que el derecho funciona a través del tiempo –diacrónicamente– con la pretensión de adaptar el futuro a los patrones juzgados correctos en el presente-pasado instituyente. La pena busca salvaguardar la observancia fáctica de esos patrones. La eficacia de su función se mide por su capacidad de garantizar su respeto. Ese respeto es el

⁷³² Lo que, de paso, pondría en duda el sentido de preocuparnos por una función que carece de eficacia o, por así decirlo, por una “función” que no funciona.

resultado futuro buscado por su operar actual. Por lo tanto, la pena operará prospectivamente generándose una distancia temporal respecto a sus efectos (*ex post*). Entre las diversas teorías sólo existirá una diferencia de orden cuantitativo, la extensión de los lapsos que median entre la imposición de la pena y el momento en que se espera cumpla su finalidad será variable⁷³³: mientras en las teorías “absolutas” ese espacio se intenta suprimir o reducir al mínimo (la imposición de la pena de inmediato cumpliría su finalidad de restablecer la justicia, por ejemplo); en las teorías “relativas” se asigna un espacio de tiempo potencialmente indefinido (tratamiento resocializador de duración indeterminada, por ejemplo) o, en todo caso, más extenso que en los modelos absolutamente justificados (formación pedagógica de la colectividad en los valores ético-sociales fundamentales, por ejemplo).

Cabe concluir que en este escenario cualquier referencia retrospectiva (pasado) encuentra justificación en su operatividad actual (presente) prospectivamente proyectada (futuro).

⁷³³ Ya que, claro está, se trata de efectos cuya materialización es siempre potencial: la pena se organiza de modo tal de maximizar la probabilidad de que ello ocurra y entonces cumpla su función, pero nada lo garantiza.

3.3. Modo de operar: negación o afirmación

Hablar de una operación negativa o positiva de la pena presupone la adopción de un punto de vista “relativo” ya que remite a una concepción de su función como actividad teleológicamente articulada en pos de la obtención de ciertos efectos sociales⁷³⁴. En el plano temporal esto tiene por correlato que se inserten en una dinámica “prospectiva” y busquen por distintas vías la materialización futura de esos resultados.

Veremos por qué esta oposición dicotómica, tal como las anteriores, tiende a disolverse desde el momento en que se entiende que si el modo de operar difiere lo hace únicamente en lo inmediato. A nivel mediato, en cambio, las mecánicas (inmediatamente) negativas o positivas de la pena se revelarán como engranajes de una función siempre en última instancia positiva.

* * *

El modo de operar *positivo* remite directamente a lo que llamamos “función pedagógica”⁷³⁵ –que, según vimos, incluye la noción tradicional de “prevención general positiva”–. En este caso nuestra lectura no ofrece mayores dificultades y viene ya anunciada en las secciones previas.

⁷³⁴ O, en otras palabras, en tanto remiten a la *función* de la pena [véase *supra*. §I.1.]. Como se vio, un modelo concebido en términos estrictamente absolutos se auto-excluye de la esfera bajo análisis en la medida en que supone que la pena carece de lo que aquí entendemos por “función”. Se sigue que, por necesidad, las demás estructuras duales que aluden a la función del castigo han de entenderse inscritas en la categoría de teorías “relativas”. Todo esto, claro está, en la medida en que desde la perspectiva de la facticidad de la pena y del derecho penal esa primera distinción tradicional entre teorías absolutas y relativas pueda sostenerse, cuestión que, como vimos, bien puede ponerse en duda [véase *supra*. §III.3.1.].

⁷³⁵ Véase *supra*. §III.2.6.

Cuando nos referimos tangencialmente a la norma jurídico-penal⁷³⁶, sostuvimos que su función inmediata era dirigir la conducta de sus destinatarios pero que, al hacerlo, respondía a una finalidad que trasciende la inmediata obtención fáctica de ese efecto imperativo. La función prescriptiva se justifica en tanto el contenido prescrito es expresión mediata de ciertos cánones de corrección substantiva (justicia) socialmente valorados y consecuentemente institucionalizados a través del derecho (penal). Para reafirmar la fuerza imperativa de sus mandatos la pena desempeña una función pedagógica: transmite a los destinatarios de la norma que ésta se mantiene vigente (vinculante) y que la validez de su contenido permanece intacta. Operando como mecanismo de modelación (coactiva) de la subjetividad, el castigo favorece la internalización del orden axiológico subyacente a la formalidad del orden jurídicamente instituido. Si ese estado de cosas socialmente valorado es protegido a través de una norma que proscribe la lesión del “bien jurídico” en que concretamente se instancia y de una pena que desde la esfera fáctica garantiza su intangibilidad, ello responde al interés por reafirmar la vigencia y vinculatoriedad del conjunto de valores que definen normativamente a la sociedad; ejercicio de la violencia conservadora del orden instituido que hemos denominado función de integración social.

* * *

La segunda categoría demanda un mayor esfuerzo hermenéutico para entender cómo se inscribe en nuestro modelo. Cuando se sostiene que el modo de operar propio de la pena es de naturaleza *negativa* se está aludiendo a lo que llamamos “función inhibitoria”⁷³⁷. El efecto perseguido es prevenir: evitar el resultado lesivo evitando la ejecución de la conducta tipificada como delito. La pena lo logra interponiendo entre los des-

⁷³⁶ Véase *supra*. §II.1.2.2.

⁷³⁷ Véase *supra*. §III.2.5.

tinatarios de las normas y la acción antijurídica un obstáculo que de algún modo inhiba su realización. Lo usual es que esta categoría se entienda referida a la vertiente preventiva que opera a través de la disuasión, es decir, a la denominada “prevención general negativa” que aquí llamamos operación de “inhibición comunicativa”⁷³⁸.

Como también hemos visto, la orientación exclusivamente prospectiva que exhibe este modelo impide que el castigo actual de un sujeto pueda justificarse como reproche personal por su acto injusto. Si el pasado representa un espacio temporal irreversiblemente superado, el castigo presente no encuentra justificación en el delito cometido (un hecho pasado) sino en su virtual utilidad para la prevención de otros (propios o ajenos) en el futuro. Si la concreta pena se justifica únicamente sobre la base de ese nexo de hipotética funcionalidad que la supone idónea para un fin ulterior; el sujeto y su acto cobran relevancia sólo en la medida en que su castigo sirva de instancia ejemplificadora.

Se verifica así un desplazamiento del foco de atención hacia el momento de la conminación penal abstracta. Si el castigo se legitima funcionalmente por su capacidad preventiva, su operación necesariamente debe preceder cronológicamente a la acción que busca evitar. Para intervenir *ex ante* la materialización del daño, la pena incide motivacionalmente sobre sus destinatarios –en tanto potenciales delincuentes– disuadiéndolos de seguir el curso de acción proscrito. Este proceso de inhibición de la acción mediante el control de la subjetividad se desarrolla en el plano comunicativo. El lugar desde el que se despliega es la norma jurídico-penal que formula el mensaje directivo (norma primaria) y asocia en forma de amenaza un castigo a quien lo infrinja (norma secundaria). La pena, en cambio, siempre “llega demasiado tarde”. La fase *ex post* en que es fácticamente impuesta carece en este contexto de otra justificación que no sea la de confirmar la seriedad de la amenaza pre-existente en la norma. Esto lo logra al añadir a la abstracción de la conminación una realidad tangible, sensorialmente accesible a través del ritual público de la condena (hoy) y de la ejecución de la pena (antes). El castigo

⁷³⁸ Véase *supra*. §III.2.5.1.

ejecutado “hace realidad” el mal anunciado, en una amenaza que, entonces, debiera “tomarse en serio”.

La justificación “negativa” de la pena termina circunscrita al plano comunicativo: “probar” la seriedad de la amenaza equivale a reafirmar simbólicamente la validez de la norma que la incorpora con fines prescriptivos. El castigo efectivo asume un rol accesorio. No se previene *con* el castigo sino afianzando comunicativamente la vigencia de la amenaza. Si para reafirmar simbólicamente la fuerza de un mensaje se recurre al castigo como plataforma material, es por el especial poder de estabilización fáctica que se sigue del efecto que su violencia ejerce sobre la subjetividad de los destinatarios del mandato penal: el miedo al castigo y el deseo de no sufrirlo deviene –en una proporción de casos variable, mas en todo caso significativa– en una configuración estratégico-racional de la propia motivación que, para evitar esa consecuencia indeseada, evita la acción que institucionalmente se estipula como su causa⁷³⁹. El rol de la pena puede calificarse de accesorio porque, en principio, el mismo efecto subjetivo con la virtualidad disuasiva que lo justificaría, podría alcanzarse con cualquier otro dispositivo funcionalmente equivalente.

* * *

Se sigue de lo anterior que la operación negativa no puede concebirse más que como eslabón de una mecánica positiva. Si la pena debe incidir sobre la organización del futuro, no tiene otra alternativa que operar en el plano simbólico. Su imposición material, como indicamos, sólo cobra sentido en tanto pueda ponerse en relación con la norma que estipula su procedencia: la pena ejecuta el mal anunciado por la amenaza y de ese modo reafirma su vigencia. La amenaza forma parte de una norma (secundaria o de

⁷³⁹ Para el análisis de este tipo de racionalidad y del supuesto antropológico que a él subyace, véase *supra*. §III.2.5.1.

sanción) cuyo sentido no es otro que favorecer la fuerza prescriptiva de las normas (primarias) de conducta. Por lo tanto, fortalecer la amenaza mediante la imposición fáctica de la pena *es* reafirmar la vigencia de la prescripción y del orden institucional del que es expresión. Esto, en síntesis, a través de (a) una norma directiva acoplada con una (b) norma de sanción que en conjunto formulan una (c) amenaza cuyo poder vinculante se potencia con (d) la pena.

La función “negativa” opera “positivamente”: busca re-estabilizar el contenido expresivo de la norma cuya infracción se castiga; se declara que ella continúa imperando, que su justificación se mantiene intacta. Con esa finalidad mediata se recurre a la pena como dispositivo capaz de vehicular dicho mensaje reforzando en lo inmediato – a través de un caso, un hecho y un sujeto en principio fungibles– su capacidad de incidir sobre la motivación de los agentes. Por consiguiente, lo que en la terminología tradicional se denomina “prevención general negativa”, en rigor no sólo tiene a la “prevención general positiva” como necesaria contracara lógica, sino que, desde el punto de vista de su operación fáctica, resulta indistinguible de esta.

Se advierte entonces la subordinación de la función negativa a la positiva. Se advierte también que esto no es sino una manifestación particular de la prioridad de la función de integración social, núcleo de la justificación funcional del derecho penal en general, respecto a la mecánica de control social característica de la pena como uno de sus instrumentos.

3.4. Objeto sobre el que recaen sus efectos: general o especial

Como se vio al momento de revisar las teorías sobre la función de la pena, la *generalidad* o *especialidad* a la que se alude dice relación con la naturaleza del destinatario de las consecuencias que a través suyo se buscan alcanzar. En la medida en que el criterio que distribuye a las teorías entre estos polos reside en la clase de objeto sobre el que recaen sus *efectos*, esta dicotomía debe entenderse situada bajo la categoría “relativa” y, en consecuencia, también entre aquellos modelos que postulan una operación prospectivamente orientada como justificación funcional del castigo.

* * *

La operación de la pena será *general* cuando opere sobre una totalidad cuantitativamente indeterminada de sujetos sin atender a los rasgos particulares que pudieran diferenciarlos. Este público, auditorio receptor del mensaje expresado a través de la pena, se encuentra usualmente conformado por la generalidad de la población que habita el territorio sobre el que el orden jurídico impera. En este contexto, se postula que los efectos del castigo idealmente se extiendan a la totalidad de miembros de la sociedad. Su articulación institucional debe, por ende, regularse de modo tal de garantizar la recepción global de su mensaje.

* * *

En cambio, la operación de la pena será de tipo *especial* cuando su foco de acción se circunscriba a un único sujeto o a un conjunto determinado de ellos. Los efectos no pretenden materializarse sobre la sociedad en general o sobre un conjunto indeterminado de sus miembros –*qua* potenciales delincuentes, por ejemplo–, sino sobre específicos y concretos individuos. Ahora la pena ha de organizarse en exclusiva atención al sujeto que la sufre: su personalidad individual es el “material” sobre el que opera y sus personales características determinarán la forma que debe adoptar para constituirse en instrumento idóneo para la consecución de los fines que lo justifican. La sociedad y sus intereses quedan, en principio, excluidos; primero, de la decisión sobre la imposición de la pena y, segundo, del conjunto de decisiones que se toman en el curso de su ejecución. Considerar estos efectos externos se reputa funcionalmente improcedente –además de ilegítimo– de cara a un mecanismo individualizado, esto es, *especialmente* configurado en atención a un sujeto en particular.

* * *

A nuestro juicio, tras esta dicotomía puede encontrarse la misma estructuración entre una operación inmediata y una mediata que en los casos anteriores nos ha permitido desarticular la presunta oposición reuniendo ambos polos bajo un eje común. En este caso sostenemos que, si la primera categoría opera directa o inmediatamente sobre un sujeto “general”, aquella que se restringe a un sujeto “especial” lo hace sólo a nivel inmediato: en lo mediato, el sujeto sobre el que han de producirse los efectos que de la operación fáctica del castigo se siguen es siempre general; su objeto es la generalidad de la sociedad.

En el marco de nuestra conceptualización de la función de la pena, esta subordinación de los efectos individuales a los efectos generales se condice con el nexo de dependencia que exhibe la mecánica de control social –materializada sobre sujetos indivi-

dualizables– respecto a la función global de integración social. Debe entonces explicarse cómo una mecánica deliberadamente articulada para operar sobre un sujeto especial, en última instancia cumple un rol orientado a esa suerte de macro-subjetividad representada por la sociedad o, si se quiere, hacia el conjunto de sujetos que la componen.

Dentro de los modelos que pueden plantearse en relación a sujetos especialmente determinados, cabe identificar la función de inhibición comunicativa que opera disuasivamente sobre un individuo en particular; la de inhibición fáctica que neutraliza materialmente la peligrosidad del criminal; y aquella función pedagógica inmediatamente personalizada en su operación⁷⁴⁰.

Cuando la pena busca disuadir comunicativamente al castigado introduciendo en su subjetividad razones para no replicar en el futuro conductas análogas a la que en el presente justifica su punición, vimos que el efecto inmediatamente negativo (preventivo) de lograr la evitación de cursos de acción lesivos debe reinterpretarse como eslabón de una maquinaria positiva: su función mediata es re-estabilizar el contenido expresivo de la norma y en última instancia conservar el núcleo normativo de la sociedad. Esta subordinación de la función negativa a la positiva a nivel de la concreta operación de la pena encuentra su correlato respecto al objeto sobre el que recaen sus efectos en el estatus accesorio del sujeto especial respecto al general: su concreta e inmediata disuasión no responde más que al interés general por proteger en lo mediato la intangibilidad del orden positivo frente a la amenaza que su potencial actuar futuro representa.

Si, como postula la operación inocuizadora, el enfoque sobre un concreto individuo se justifica exclusivamente por la pretensión de neutralizarlo, excluirlo o de algún modo suprimir el peligro que su presencia al interior de la sociedad significa; es fácil advertir que, al definir el modo de operación de un castigo que lo trata como un objeto a “administrar”, no es el sujeto lo relevante. La exclusión que comporta no se justifica en lo particular excluido, sino en el interés general por conservar el orden social cuya esta-

⁷⁴⁰ Véase *supra*. §III.2.5.; §III.2.6.2.

bilidad y cohesión interna se ven amenazadas por un elemento nocivo, potencialmente desintegrador, que a través de instrumentos como el castigo debe ser objeto de neutralización. Aislándolo o expeliéndolo del cuerpo colectivo, el delincuente, peligrosidad encarnada, es desplazado hacia un exterior que lo torna fácticamente inocuo (hacia un exterior social –de ahí la incomunicación del encierro penitenciario, por ejemplo– y político –de ahí la pérdida de ciudadanía, por ejemplo– y no necesariamente, claro está, un exterior geográfico). En la medida en que el foco sobre el sujeto neutralizado resulta evidentemente instrumental a fines sociales que le son ajenos, la afirmación de que estaríamos ante una operación “especial” –si pretende extenderse más allá de su manifestación inmediata– resultada a todas luces infundada.

En apariencia la situación se complejiza cuando nos desplazamos hacia la versión individualizada de la operación pedagógica. Si el objetivo es la re-socialización (curación) del criminal, su éxito depende: (a) del adecuado conocimiento del concreto sujeto a re-socializar (diagnóstico), y (b) de la adecuada disposición de medios y procedimientos punitivos especialmente confeccionados para este concreto sujeto con sus concretas características (tratamiento). Todo proceso de re-adaptación o re-educación debe detenerse sobre el individuo, desentrañar las causas de su des-adaptación y, sobre esta base, diseñar el procedimiento técnicamente idóneo para re-integrarlo a la colectividad. La esfera de su operación parece cerrarse herméticamente en torno al sujeto castigado.

Sin embargo, este hermetismo es ilusorio. En términos muy gruesos, como en su lugar tangencialmente vimos⁷⁴¹, puede afirmarse que la operación re-educadora se despliega como un mecanismo de re-configuración de la subjetividad del castigado, calificada de “desviada”, dirigida a adaptarla a las definiciones institucionales de subjetividad “correcta”. Por supuesto, esos patrones no surgen del individuo tratado, ni se construyen en cada caso atendiendo a sus peculiaridades. Lo que –por hipótesis– se define en cada caso atendiendo a sus particularidades, no es el modelo de subjetividad que se le impo-

⁷⁴¹ Véase *supra*. §III.2.6.2.

ne, sino el procedimiento que, atendiendo a su singularidad, se juzga técnicamente más efectivo para lograrlo. El modelo de subjetividad pre-existe al castigo y al castigado; su contenido viene definido desde su exterior, desde la sociedad, desde el sujeto “general” cuyo prototipo ideal se consagra, objetivándose, en el orden instituido. De la reunión del sinnúmero de normas en que el orden universal fijado por el derecho se particulariza para incidir sobre la práctica que coercitivamente organiza, esto es, de la reunión del conjunto de directrices de conducta externa y del sustrato ético-político (“bien jurídico”) que cada una tiene por correlato interno; se obtiene un modelo de personalidad, el “sujeto de derecho” o “ciudadano”, que el propio derecho coactivo-pedagógicamente constituye –en este caso, a través de la pena– (re)socializando a los agentes sometidos a su imperio. Re-socializar al delincuente, por tanto, es introducir en su subjetividad las directrices sociales que definen la personalidad de un sujeto “normal” con objeto de que las adopte como propias, las emplee en la configuración de su actuar y, de este modo, se re-incorpore a la colectividad como un miembro, por así decirlo, “funcional”.

La imposición de un modelo de subjetividad a un concreto individuo (sujeto especial), supone la indirecta afirmación de los criterios normativos propios de la colectividad (sujeto general) que los define como “correctos”: la dimensión “especial” se encuentra siempre presidida por y supeditada a categorías “generales”⁷⁴². Son los patrones sociales los que guían la operación re-socializadora y es la colectividad que los articula (operación instituyente, violencia fundacional, integración social) y garantiza su observancia fáctica (operación del derecho instituido, violencia conservadora, control social) la que se beneficia de sus efectos: el castigo “exitoso” re-configura la subjetividad desviada, la corrige encauzándola en las definiciones sociales (instituidas) de la subjetividad correcta y, de ese modo, salvaguarda el sustrato normativo que subyace el “molde” conductual que implanta y que, en última instancia, conduce al núcleo valorativo que ciemienta al modelo de organización socio-política en general.

⁷⁴² Lo que, de paso, explica por qué en la práctica el delincuente que sufre esta pena “re-socializadora” [véase *supra*. §III.2.6.2.] suele percibirla como la imposición externa que en el fondo es.

CONCLUSIÓN

Esbozo de una posible justificación funcional de la violencia penal

En la medida en que la descrita forma de violencia desempeñe la función social que institucionalmente se le adscribe, operará como dispositivo instrumental a la función general del derecho penal, podrá entenderse justificada y, de este modo, constituirse en “pena”.

Sobre la base del conjunto herramientas conceptuales que hemos explorado a lo largo de esta investigación, se esbozará a continuación, en términos muy generales y a modo de conclusión, un posible modo de articularlas en una caracterización de la función social que desempeña el castigo susceptible de inscribirse en el marco de un discurso general sobre la justificación del derecho penal.

* * *

Para definir en términos más precisos el modo en que la pena se configura para tornarse operativa en el cumplimiento del rol que se le imputa, podemos mantener la estructuración entre una mecánica inmediata y una mediata que recién vimos a propósito de la crítica de los dualismos que tradicionalmente han dividido y distribuido las posiciones en materia de teoría de la pena. Según indicamos, vista desde una luz distinta, la oposición que cada dicotomía propone se torna aparente ya que las operaciones inmediatamente disímiles admiten reagruparse bajo una misma función superior a la que media-

tamente ambas se orientan. Esa reconducción de las categorías superficialmente contrapuestas a una misma función se encaja dentro de nuestra visión general de lo que cabría entender por la operación primaria del derecho penal.

La pena no agota el contenido, ni su justificación el fundamento, del derecho penal. La pena no constituye más que uno de sus instrumentos que, si bien destaca por la singular naturaleza que exhibe en su violencia explícita, no es el único, ni el más importante. Si el derecho penal tiene una función genérica de integración –que a su vez emana de su respectiva inscripción dentro de un orden institucional aún más amplio como es el derecho–, los instrumentos que mediatizan su materialización deben organizarse intra-institucionalmente de modo tal que la específica tarea que desplieguen guarde coherencia y maximice la eficacia de la función general que fundamenta la institución en la que se insertan. Si la función primaria es la integración, el dispositivo que de modo directo y explícito se dirige a lograr ese objetivo no es la pena sino la norma jurídico-penal entendida como precepto autoritativo que pretende incidir fácticamente sobre la conducta de sus destinatarios determinando su actuar en conformidad con los patrones de corrección que jurídicamente consagra. La pena, en cambio, observada en su superficie, no da a entender con análoga claridad la labor que protagoniza. Lejos de ello, una primera aproximación la dota de una apariencia ambigua, con matices incluso de irracionalidad. Superar esa ambigüedad y develar su justificación funcional exige descifrar la articulación entre la dimensión material del castigo (violencia) y el sustrato expresivo o simbólico que permitiría adscribirle el específico sentido que la constituye en “pena”⁷⁴³. Ahora, una vez revisadas las propuestas teóricas de enlazamiento de ambas caras del castigo, puede descartarse la primera impresión y avanzarse hacia la comprensión del sentido que subyace a la pena y a sus formas de organización.

⁷⁴³ Sobre la dimensión material y simbólica del castigo, y la articulación que permite superar la impresión irracionalidad que exhibe en su exterioridad, véase *supra*. §III.1.1.

El primer paso en esa dirección consiste en reiterar el dato aparentemente obvio de que la pena constituye una específica consecuencia jurídica: una sanción. Las sanciones –retomando la conceptualización en términos de realidad institucional– pueden ser genéricamente entendidas como mecanismos de re-afirmación de la validez de las definiciones institucionales de “lo correcto” expresadas en las normas de cara a conductas que las transgreden, es decir, como artefactos enclavados en un engranaje de control social. Entonces, el castigo sería un instrumento de control que refuerza comunicativamente el poder coactivo de la norma a través de la amenaza abstracta que lo anuncia y de la ejecución que lo materializa.

Lo anterior confirma su estatus subordinado inscribiéndolo en la aludida estructuración que nos permitió disolver los dualismos tradicionales: la pena es un subinstrumento diseñado en lo *inmediato* para potenciar la eficacia vinculante del instrumento-norma y en lo *mediato* para maximizar la consecución de los fines que justifican al instrumento que refuerza. Luego, la supeditación a nivel de los instrumentos del derecho penal que muestra la pena respecto a la norma, se acopla coherentemente con la estructura de subordinación homóloga que existente a nivel de la institución en su globalidad: en la medida en que la *pena* tiene lugar en la fase de operación del derecho instituido se incluye dentro de la lógica del *control social*; mas su subordinación a la *norma de conducta* expresa en este nivel práctico –el nivel de los instrumentos que mediatizan su incidencia práctica– la subordinación a nivel general de la función de control a la función de *integración social*.

Para determinar más concretamente el modo en que el castigo opera como refuerzo comunicativo del poder prescriptivo de las normas jurídico-penales de modo tal de resultar funcional a la consecución de los objetivos del derecho penal, podemos continuar sirviéndonos de esa estratificación analítica entre un plano inmediato y uno mediato.

(a) Función inmediata de la pena como dispositivo de control social

(i) Negación simbólica de la validez del acto particular incompatible con la norma general

En el plano inmediato, para que la pena opere como dispositivo coactivo de reforzamiento del control social debe articularse de una forma que la faculte para establecer una vinculación interna entre el hecho de su imposición y un significado que, conjuntamente aprehendidos, permita interpretarla como la respuesta institucional a la violación de una norma. Entonces, si el castigo debe formular por sí mismo las claves hermenéuticas que permitan aprehenderlo como tal, el primer paso es lograr que se plantee y comprenda discursivamente como símbolo del rechazo que la sociedad expresa hacia el acto particular que transgrede sus directrices jurídicamente consagradas: a través de él la sociedad declara reprobación del delito mediante la enfática negación de su validez⁷⁴⁴.

La dimensión fáctica en que el castigo se instancia materialmente como acto de violencia coactivamente impuesto al castigado⁷⁴⁵ sólo puede justificarse en este contexto. Pero esa justificación no es evidente y nos conduce de vuelta al problema tratado al inicio del último capítulo. Si hasta aquí hemos dicho que la operación esencial de la pena se despliega a nivel discursivo, puede lícitamente ponerse en duda que el sufrimiento físico en que se encarna constituya el único soporte idóneo para vehicular el mensaje. Si el nexo entre el contenido declarativo de reprobación y la violencia a través del cual

⁷⁴⁴ Lo que apela directamente a la mecánica expresiva de la pena. Véase *supra*. §III.2.2.2.

⁷⁴⁵ Que vimos se torna problemático al introducir gérmenes de irracionalidad a la práctica punitiva. Véase *supra*. §III.1.1.1.

se expresa es en efecto convencional, estamos ante una relación contingente⁷⁴⁶, aunque su notable estabilidad histórica despierte legítimas dudas al respecto.

¿Es en efecto *contingente* el nexo entre el contenido simbólico-declarativo de la pena como artefacto institucional funcionalmente orientado a la integración social y la plataforma material que en forma de violencia explícita vehiculiza la coacción propia del control social? En otras palabras, el nexo entre pena y violencia; ¿es un accidente histórico?; ¿el efecto de la contingente convergencia de factores socio-culturales que ha pervivido hasta hoy quizá por la sola fuerza del hábito?

Como se sostuvo con anterioridad, esto no es así. El vínculo entre pena y violencia no es accidental sino necesario. No puede, por tanto, suponerse que bajo determinadas condiciones históricas pueda existir una práctica punitiva que prescindiera de la violencia. Y, según vimos, el vínculo es necesario no porque la pena goce del peculiar y anómalo rasgo de ejercer violencia en el marco de una institución globalmente orientada a suprimirla. Es necesario porque es un rasgo intrínseco al derecho penal, al derecho en general y a toda organización social dotada de realidad institucional, que su normal operar esté permeado de violencia.

Ahora, si la operación del derecho instituido implica el sistemático operar de mecanismos coactivos de control social que, como la pena, ejercen aquella violencia que llamamos conservadora; si este rasgo se encuentra conceptualmente inscrito en la estructura de todo derecho en tanto segmento de realidad institucional; lo mismo no puede decirse de la específica plataforma fáctica en que esa violencia concretamente se ejerce en el marco de los múltiples sistemas punitivos desplegados a través de la historia. No es este, por cierto, el lugar para revisar la evolución de las tecnologías del castigo, esto es, de las distintas configuraciones institucionales que se le otorgan a la pena de acuerdo

⁷⁴⁶ Es decir, ante un vínculo constituido a partir de una *decisión* en que se *opta* por establecer esa, y no otra, relación. Esto apunta, por un lado, a la naturaleza histórica y, por ende, plenamente revocable de la decisión que determina la existencia de la correlación y, por otro, al hecho de que ésta contiene por definición un irreductible componente de arbitrariedad.

a los fines que en cada estadio histórico y particular comunidad política se le atribuyen. Sin embargo, puede señalarse como dato relativamente incontrovertido que existe un proceso de transición en que la violencia física del castigo retrocede, en que las antiguas modalidades marcadas por la afectación material del cuerpo del condenado –penas corporales, pena de muerte, trabajos forzados, etc.– retroceden para dar paso a mecanismos orientados a la afectación de aspectos incorpóreos –cárcel-libertad, multa-patrimonio, etc.-. La mutación del modo en que la violencia penal se encarna resulta inequívocamente acreditada por la progresiva desaparición del tipo de castigo más explícito en este sentido: las penas corporales. Pareciera así que la violencia del castigo se repliega, lo que daría pie para sostener que el nexo entre su facticidad violenta y la dimensión simbólica que la re-significa como pena, es una asociación artificial, convencional, susceptible, por consiguiente, de sustituirse por dispositivos no-violentos funcionalmente equivalentes. Si la pena subsistió a la extinción del castigo corporal significa, por cierto, que el nexo entre ambas era meramente contingente. ¿Significa esto que el nexo entre pena y violencia también lo es? Reiteramos que no: el nexo es necesario.

La manera en que ese vínculo se muestra necesario, remite a las consideraciones desarrolladas respecto a la violencia y el derecho en general. Aquí cabe sólo recordar que el estatus de violencia de determinado fenómeno no es algo que exhiba en su facticidad sino una dimensión netamente normativa, una calificación deóntica articulada desde la plataforma de un sistema axiológico reglado que se la adscribe institucionalmente a la práctica en cuestión como expresión de un juicio de desaprobación. Por lo tanto, si una pena corporal determinada, la amputación de una mano a quien ha cometido hurto por ejemplo, nos parece hoy en día un acto “objetivamente” violento, se debe básicamente a que se sitúa al exterior de los sistemas normativos que en la actualidad, y desde nuestra posición cultural, ostentan un mínimo de vigencia. En ausencia de una plataforma axiológica actualmente reconocida como válida bajo cuyas categorías pueda subsumirse ese acto como una consecuencia justificada, éste aparece como una agresión brutal, injustificable, violencia desnuda o informe. En cambio, si por hipótesis nos situáse-

mos al interior de un aparato institucional donde esa práctica se realice con habitualidad, es de presumir que la connotación de violencia que hoy nos parece inequívoca – “objetiva”– pasaría desapercibida. Un mismo fenómeno adopta distintos sentidos, es cognitivamente aprehendido y normativamente juzgado de distintos modos, de acuerdo a su posición respecto al sistema institucional que lo califica imputándole o no el estatus de violencia. La privación de bienes o derechos (libertad, patrimonio, etc.) en que se encarna el castigo moderno, implica nuevas formas de violencia; pero una violencia cuyo sentido inmediato es desplazado y deónticamente invertido por la acción de las reglas institucionales en cuyo seno tiene lugar la práctica punitiva.

Así, podría plantearse la hipótesis de que la evolución del contenido de la privación en que se materializa el castigo, no respondería a un progresivo retroceso de la violencia como tal, sino a la variación en el valor socialmente adscrito a los bienes por ella afectados. Si la variación del concreto bien lesionado responde a la mutación de su valoración social, manteniendo esa correspondencia el derecho no aspiraría a prescindir de su fuerza sino, antes bien, a preservarla: para ser eficaz el castigo debe mantener su poder de afectación, y para eso debe modificar el objeto de su afectación en la misma medida en que cambie el valor que los sometidos a ella le adscriben.

Desde que la violencia de un evento depende no del evento mismo sino de un juicio de adscripción intersubjetiva, la evolución que desde un punto de vista externo exhibe el tránsito desde las penas corporales a las penas privativas de derechos bien puede no tener por correlato una evolución equivalente en la esfera de su sentido interno. Ambos escenarios suponen la afectación de bienes que en ese momento se juzgan valiosos y, por lo mismo, aparecen como formas de violencia idóneas para la efectiva operación de la pena. Y ambas modalidades, desde el momento en que se incorporan como instrumentos al interior de la institución penal, pierden su connotación violenta, adquieren una *forma* que permite su aprehensión simbólica como castigo justo, merecido, justificado, esto es, no-violento sino legítimo.

Por lo tanto, el concreto soporte físico en que se desenvuelve la práctica punitiva efectivamente expresa una articulación contingente, un nexo convencional que sólo encuentra justificación en el hecho de que, en ese contexto histórico, el recurso a un soporte de esa naturaleza se juzga instrumentalmente necesario para lograr el efecto deseado, es decir, en tanto quepa sostener que la pública declaración de la invalidez absoluta de una acción contraria a la esfera de principios fundacionales del orden social no puede lograrse –con equivalente eficacia– más que por esa esa vía. Empero, si esa específica configuración institucional es contingente, no es contingente sino necesario que esa configuración recurra a mecanismos que, desde un punto de vista externo a la institución que los emplea, aparezcan como violentos: siempre se encontrarán deliberadamente orientados a la afectación de bienes o valores a los que el propio ordenamiento jurídico, y la sociedad en que rige, atribuyen gran valor. Sólo la revisada dinámica de resignificación intra-institucional permite que esa violencia resulte velada por el efecto normalizador-naturalizador que ejerce la operación de categorización-formalizante característica de toda institución.

* * *

Si este sustrato de violencia más o menos explícita es inextirpable, ahora cabe preguntarse cuál es el contenido que por su intermedio se persigue declarar. Básicamente, el mensaje emitido busca desarticular la pretensión potencialmente universalizable que subyace a la acción particular antijurídica. Esto no quiere decir que esa pretensión tenga que ser subjetivamente imputable al autor del ilícito –es decir, que éste deba albergar conscientemente la aspiración de que su modo de actuar o los principios que lo sustentan se generalicen–. Siendo esto posible, no es ni necesario ni, para nuestros efectos, relevante. Lo relevante es que toda acción contraria a las normas que definen lo correcto supone un desafío no sólo a la concreta norma quebrantada sino también a la fuerza

prescriptiva general de la que emana su concreta normatividad⁷⁴⁷. En la medida en que el contenido prescriptivo se consagra en una norma jurídica, su obligatoriedad deja de depender del juicio subjetivo sobre su (in)corrección material, y pasa a derivar del dato objetivo de que se encuentra formalmente inscrito en una norma válida –y válida según las normas del propio sistema–. Si la acción de un sujeto es subsumible bajo el supuesto de hecho contenido en el tipo penal, significa que el derecho lo ha definido como destinatario de una directriz que lo impelía a conducirse de un modo distinto a aquel en que lo hizo. Si esa regla pretendía validez general, su inobservancia supone más que la puesta en duda de su validez para el caso singular en que su vulneración se materializa; el significado que se desprende del acto en que el contenido de la prescripción no es respetado trasciende lo particular. La vulneración de toda norma, con independencia de su concreto contenido, es al mismo tiempo una manera de no respetar el poder que el ordenamiento se adjudica de prescribir, es decir, una vulneración al imperativo formalmente presupuesto por toda norma y por el derecho en general, a saber: que el derecho debe ser obedecido por su sola condición de tal. Ello constituye la autoridad que lo caracteriza. Tras la desobediencia de sus normas yace un desafío a esa autoridad.

Ahora bien, si se siguiera estrictamente el razonamiento recién expuesto sería imposible graduar la relevancia social de las normas jurídicas y, correlativamente, de las sanciones que se juzgan adecuadas para protegerlas; se suprimiría, por ejemplo, la posibilidad de distinguir cuantitativamente según su gravedad una infracción a un reglamento administrativo de la comisión de un crimen. Si toda vulneración al derecho supone idéntico desafío a la autoridad política sobre la que el sistema reposa, la inobservancia a cualquier precepto sería equivalente como “delito de lesa majestad” y se haría acreedora de idéntica respuesta punitiva.

⁷⁴⁷ Razonamiento ligado al presentado al justificar nuestra opción por reformular la teoría de la *prevención* general positiva como teoría de la función *pedagógica* de la pena: véase *supra*. §III.2.6.

Esto no es así. Los objetos resguardados y, por derivación, las normas que los resguardan, difieren en relevancia y proporcionalmente difiere también la magnitud de las sanciones contempladas como respuesta a sus respectivas transgresiones. Por lo tanto, si bien la homologación formal de toda contravención al derecho como desautorización genérica de su fuerza vinculante es conceptualmente correcta, el modo con que el derecho responde al acto desautorizador declarando su invalidez varía, y lo hace porque el valor social adscrito a cada norma en virtud de su contenido también lo hace. El derecho penal, por ejemplo, concentra normas que se juzgan de suprema relevancia. Y es este dato el que podría avalar normativamente (legitimar) el hecho de que se asocie a su vulneración sanciones en extremo agresivas como la pena, es decir, el que podría justificar el recurso a esa violencia como soporte material imprescindible para emitir de manera efectiva el mensaje en cuestión.

Lo que aquí importa enfatizar es que parte imprescindible de la mecánica coercitiva de la pena consiste primero en su capacidad de expresar el rechazo del ordenamiento al acto que lo desautoriza, esto es, de negar la validez de la conducta constitutiva de delito. Y, para lograrlo, el ejercicio de la punición debe establecer discursivamente un lazo simbólico entre los componentes de una sucesión fenoménica de modo tal que el elemento “delito” aparezca como causa y el elemento “pena” como efecto. Pero la causalidad en cuestión no ha de ser de orden meramente fáctico sino específicamente normativo: debe comprenderse que, si el *delito* es causa de la pena, es porque constituye algo indebido; y que, si el *castigo* es efecto del delito, es porque constituye la expresión institucional del reproche que éste como acto indebido merece.

(ii) Afirmación simbólica de la validez de la norma general

El segundo aspecto es contracara del anterior. Como hemos sostenido, la operación de la pena siempre adopta en última instancia una connotación positiva. Tal como la pretensión de excluir fácticamente un curso de acción futuro, la de negar simbólicamente la validez del sentido emanado de una acción ya consumada sólo adquiere sentido en la medida en que se entienda inscrita en una operación orientada por una finalidad afirmativa.

Si hemos argumentado que el derecho penal busca conservar un orden normativo como aquel que impera en una comunidad, y que para mantener su vigencia recurre instrumentalmente a la norma y a la pena; esta fase en la operación del castigo que enfatiza su operación afirmativa parece desviarnos de su función inmediata de control social hacia la mediata de integración. Con todo, si se enuncia aquí es para evidenciar que la propia imposición de la pena, con la violencia que la caracteriza en su exterioridad, debe interpretarse como una fase en que esa finalidad primaria se instancia y particulariza: al negar la validez de la conducta contraria a la norma se está afirmando la validez de la norma transgredida, es decir, se está desarrollando también aquí una operación de integración social. Esto nos confirma que toda organización de la pena se orienta en última instancia en esa dirección.

Ahora, en el marco de la operación inmediata de la pena como mecanismo coactivo de control social, el momento de reafirmación simbólica cobra relevancia no sólo como contracara de la primera dimensión sino también como espacio de tránsito hacia la tercera.

(iii) Reforzamiento de la fuerza prescriptivo-coactiva de la norma y maximización de su eficacia fáctica

La tercera fase culmina en el plano estrictamente fáctico. Dice relación con la efectividad de la incidencia práctica de la pena, es decir, con aquello que finalmente define el modo funcionalmente idóneo de organizarla. El castigo debe conseguir los objetivos que en lo inmediato lo justifican: lograr *de facto* el acatamiento de los patrones institucionales de conducta evitando la desviación y (re)encauzando coactivamente la acción social en esa dirección.

Dijimos que el momento anterior sirve de antesala al presente. Ello se debe a que opera como puente entre la fase expresiva de la pena y la materialización práctica de los fines inmediatos que la justifican. La pena debe favorecer la función general de integración. El éxito de esta función depende de su incidencia reguladora sobre la interacción social. Para ello no es suficiente con negar simbólicamente el actuar indebido. La modelación del orden social exige un patrón positivo que la guíe y, si la pena debe favorecer ese objetivo, su operación no puede agotarse en la sola negación, debe continuar con la afirmación del curso de actuar institucionalmente exigido. Entonces, si en un primer momento expresa discursivamente que el modelo normativo ínsito al acto delictivo es incorrecto, en la siguiente fase se encarga de indicarnos la alternativa a seguir: nos remite a la norma jurídica que define a un mismo tiempo la incorrección de la conducta objeto del castigo como la corrección de la conducta alternativa que prescribe. Por lo tanto, al cumplir dicho rol, la segunda fase no se limita a operar tautológicamente reiterando una verdad analíticamente inferible de la primera –la afirmación lógicamente correlativa a una negación–; antes bien, la introducción de la fase afirmativa a continuación de la negativa es lo que permite conectar la esfera discursiva con la práctica: la explicitación de lo debido es condición de posibilidad de su materialización positiva.

En suma, si la negación simbólica de la primera fase carece en sí misma de poder directivo, el segundo momento lo complementa ofreciendo el curso de acción alternativo que, entonces, sirve de “insumo” para que en un tercer momento ese contenido prescrito se imponga *de facto*, coactivamente, sobre las relaciones intersubjetivas que conforman el orden social instituido. Por ende, es en esta tercera fase donde la eficacia de las dos primeras se prueba y, por cierto, la que tiene la última palabra en el juicio sobre la (dis)funcionalidad de la pena⁷⁴⁸.

Si el aparato punitivo de control social debe garantizar la observancia de las definiciones institucionales logrando que el comportamiento social sea *de facto* encauzado por los cánones jurídicamente estipulados, requiere dispositivos técnicamente idóneos para inhibir la conducta desviada y motivar la conducta acorde a derecho. Destacan aquí las mecánicas inhibitorias y pedagógicas antes revisadas: en lo inmediato la pena operará tanto en dirección “negativa” disuadiendo conductas transgresoras, como en dirección “positiva” promoviendo el actuar jurídicamente legitimado. De la mano de lo anterior, reaparecen la pena y el derecho en su faceta de violencia explícita. La violencia material que vimos negaba simbólicamente la validez del modelo conductual encarnado en el delito, pretende aquí una incidencia directamente fáctica: como refuerzo de la conminación abstracta contenida en la norma, no sólo la reafirma como válida y vinculante, sino que busca materializar esa vinculatoriedad declarada imponiendo coercitivamente su obediencia.

⁷⁴⁸ Primero sobre su (dis)funcionalidad inmediata, pero también sobre la mediata, ya que del fracaso de la primera se sigue necesariamente el de la segunda.

(b) Función mediata de la pena como dispositivo de integración social

(i) Conservación del orden instituido: (re)afirmación simbólica de su identidad normativa y modelación integradora de la interacción social

Con esto se cierra el círculo y retornamos a la noción de integración. Podemos aprovechar de sintetizar el trayecto.

En un primer momento que, aplicado al derecho en general y por derivación al penal, denominamos operación instituyente, la función de integración inicia su operación desde la esfera comunicativa: se declara cierto orden normativo como el que debe regular la interacción social. Para instaurarlo y estabilizar su vigencia a lo largo del tiempo de cara a la contingencia de un futuro incierto se erige simbólicamente como orden institucional en forma de derecho. El derecho se constituye en expresión formalizada del sustrato normativo que fundacionalmente define la identidad de la sociedad. En él se condensan los modelos de comportamiento que los sujetos que participan de la práctica instituyente juzgan correctos y deciden auto-imponerse. Bajo determinadas circunstancias, el derecho podría representar el punto de convergencia de los principios ético-políticos comunes a quienes, como sus autores y destinatarios, se reconocen mutuamente como parte de un mismo colectivo⁷⁴⁹.

Ahora, en la medida en que la sola comunicación de la validez del orden instituido resulta insuficiente para garantizar su efectiva vigencia, se torna imprescindible establecer dispositivos que permitan transitar desde dicha esfera hacia el plano fáctico donde reside la práctica que se pretende regular. Esto exige que el contenido altamente abstrac-

⁷⁴⁹ El efecto *integrador* por antonomasia. Véase *supra*. §II.1.2.

to de los principios fundacionales –cuya abstracción resulta hasta cierto punto inevitable si se pretenden *comunes*– sufra un proceso de particularización que posibilite su directa aplicación a la realidad social. Esta particularización tiene lugar a través de normas jurídicas donde los modelos normativos generales se instancian expresándose en específicas directivas de conducta. Al delinearse a través de las normas los contornos del comportamiento jurídicamente debido, se torna posible que incidan motivacionalmente sobre sus destinatarios y éstos adecuen de hecho su actuar a los cauces institucionales; pero nada lo asegura. Si la observancia de las normas y mediatamente del orden institucional que las crea ha de garantizarse, se requieren mecanismos adicionales aptos para estabilizar fácticamente su validez general frente a todo acto particular que los transgreda.

Con ese objetivo se establece la pena. Su dinámica coactiva (violenta) aparece de inicio a fin inscrita en esta dinámica integradora. El control que por su mediación se ejerce adoptará siempre la apariencia de una imposición externa, heterónoma, porque el sustrato material que valida esa imposición resulta mediatizado por la formalidad de las normas que en lo inmediato justifican la operación coercitiva que a través de la pena impone su observancia. Pero, como hemos intentado mostrar, es posible reconstruir el enlace entre la función inmediata de la pena como mecanismo de control social y la operación mediata de integración: (a) la sanción que refuerza la eficacia de la prescripción se subordina instrumentalmente a la norma que la formula; (b) la norma se justifica funcionalmente en virtud de su capacidad de favorecer la materialización práctica de los patrones de conducta definidos por la institución en que se inscribe; y (c) la institución determina el contenido de esos patrones en virtud de la adscripción convencional de valor que supone la operación instituyente que origina y justifica la integración.

Desde el punto de vista de su facticidad la fundamentación del derecho penal depende de su función social. Definida ésta como una función de integración, la justificación de sus instrumentos particulares depende de la posibilidad de articularlos intrainstitucionalmente de modo que la específica labor que desempeñen sirva efectivamente

a la consecución del objetivo general de la institución. Si respecto al instrumento “norma” esta idoneidad funcional resulta más directamente tangible, lo mismo puede predicarse del dispositivo “pena” desde el momento que se establece el nexo que subordina su operación inmediata en forma de control social a la función mediata de integración.

Si ello es conceptualmente posible, lo es también articular una justificación de su específica función que permita adscribir a su sustrato de violencia un significado que la redefina como la entidad institucional que conocemos como pena. Afirmar que la violencia funcionalmente justificada puede transmutar en pena nos provee un modelo para su fundamentación fáctica. Empero, esto constituye un juicio externo que nada dice respecto a la validez substantiva de esa conversión. Esto último remite a la cara interna de la pregunta por la fundamentación del derecho penal, es decir, al problema de su legitimidad.

Referencias bibliográficas

- ALBRECHT, Peter-Alexis
2000. El derecho penal en la intervención de la política populista. En: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). 2000. La insostenible situación del derecho penal. Granada. Comares. pp. 471-487.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael
2003. Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber? Buenos Aires. Ad-Hoc.
2004. Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- ALTHUSSER, Louis
1970. Ideología y aparatos ideológicos del Estado. (Notas para una investigación). En: ALTHUSSER, L. 1974. La filosofía como arma de la revolución. México D. F.. Siglo XXI (2010). pp. 102-151.
- AQUINO, Tomás de
s/a. *Suma de Teología*. Vol. V, Parte III e Índices. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos (1994).
- ARENDT, Hannah
1970. Sobre la violencia. Madrid. Alianza (2010).
- ATRIA, Fernando
2003. El derecho y la contingencia de lo político. *Doxa* 26 (2003): 319-347.
- BALIBAR, Étienne
1988. La forma nación: historia e ideología. En: WALLERSTEIN, I. y BALIBAR, E. Raza, Nación y Clase. Madrid. IEPALA. pp. 135-167.
- BARATTA, Alessandro
1982. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires. Siglo XXI. (2004).

1985. Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. En: BARATTA, A. 2004. Criminología y sistema penal. (Compilación in memoriam). Montevideo/Buenos Aires. B de F. pp. 1-30.
1991. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. En: BARATTA, A. 2004. Criminología y sistema penal. (Compilación in memoriam). Montevideo/Buenos Aires. B de F. pp. 57-88.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio

1997. Delito y pena en la filosofía del derecho de Hegel. Anuario de filosofía jurídica y social. 15 (1997): 289-303.
2007. Derecho fundamentales y derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia 9 (2007): 47-74.

BASTA, Danilo

2004. La justicia penal en Kant. Éndoxa: Series Filosóficas 18 (2004): 283-295.

BAUMANN, Jürgen

1972. Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Buenos Aires. Depalma (1973).

BECCARIA, César

1764. De los delitos y de las penas. México D. F.. FCE (2006).

BELING, Ernst von

1930. Esquema de Derecho Penal. En: BELING, E. v.. Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo. Buenos Aires. Librería "El Foro" (2002).

BENJAMIN, Walter

1921. Para una crítica de la violencia. En: BENJAMIN, W. 2009. Estética y política. Buenos Aires. Los Cuarenta. pp. 31-62.
- 1939-40. Sobre el concepto de historia. En: BENJAMIN, W. 2009. Estética y política. Buenos Aires. Los Cuarenta. pp. 129-152.

BENTHAM, Jeremy

1802. Tratados de legislación civil y penal. Tomo I. Madrid. Nacional (1981).
1811. Teoría de las penas y de las recompensas. Tomo I. Barcelona. Imprenta de D. Manuel Saurí (1838).

BERGALLI, Roberto

2003. Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas. En: BERGALLI, R. (Coord.). 2003. Sistema penal y problemas sociales. Valencia. Tirant Lo Blanch. pp. 25-82.

BERGER, Peter L. y LUCKMANN, Thomas

1967. La construcción social de la realidad. Buenos Aires/Madrid. Amorrortu (2005).

BETTIOL, Giuseppe

1945. El problema de la pena. En: BETTIOL, G. 1948. El problema penal. Buenos Aires. Hammurabi (1995). pp. 173-193.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang

1986. El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional. En: BÖCKENFÖRDE, E. W. 2000. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid. Trotta. pp. 159-180.

BOURDIEU, Pierre

1977. Sobre el poder simbólico. En: BOURDIEU, P. 2001. Poder, derecho y clases sociales. Bilbao. Desclée de Brouwer. pp. 87-99.
1981. Los ritos como actos de institución. En: PITT-RIVERS y PERISTIANY (Eds.). Honor y gracia. Madrid. Alianza. pp. 111-123.
1983. Las formas del capital. Capital económico, capital cultural y capital social. En: BOURDIEU, P. 2001. Poder, derecho y clases sociales. Bilbao. Desclée de Brouwer. pp. 131-164.
1986. La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico. En: BOURDIEU, P. 2001. Poder, derecho y clases sociales. Bilbao. Desclée de Brouwer. pp. 165-223.
1987. ¿Cómo se hace una clase social? Sobre la existencia teórica y práctica de los grupos. En: BOURDIEU, P. 2001. Poder, derecho y clases sociales. Bilbao. Desclée de Brouwer. pp. 101-129.
1988. ¡Viva la crisis! Por la heterodoxia en las ciencias sociales. En: BOURDIEU, P. 2001. Poder, derecho y clases sociales. Bilbao. Desclée de Brouwer. pp. 63-85.
1989. Espacio social y espacio simbólico. En: BOURDIEU, P. 2007. Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción. Barcelona. Anagrama. pp. 11-26.
2005. El misterio del ministerio. De las voluntades particulares a la ‘voluntad general’. En: WACQUANT, L. (Coord.). 2005. El misterio del ministerio. Pierre Bourdieu y la política democrática. Barcelona. Gedisa. pp. 71-79.

- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel e IGLESIAS SKULJ, Agustina
2012. Neoliberalismo y política penal. Aproximación al trabajo de Bernard E. Harcourt. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 2(2012): 17-30.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan
1983. Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología. *En: BERGALLI, R. y BUSTOS, J. (Dir.). 1983. El pensamiento criminológico. Vol. II. Estado y control. Bogotá. Temis. pp. 11-35.*
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Dir.)
1995. *Pena y Estado. Función simbólica de la pena. Santiago. Jurídica ConoSur.*
- BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán
1997. *Lecciones de derecho penal. Volumen I. Fundamentos del sistema penal, esquema de teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Madrid. Trotta.*
- CANO LÓPEZ, Francisca
2004. La influencia del positivismo en la criminología y penología españolas: orígenes y primeros pasos de la prevención especial como fin de la punición. *En: RIVERA BEIRAS, I. (Coord.). 2004. Mitologías y discursos sobre el castigo. Historias del presente y posibles escenarios. Barcelona. Anthropos. pp. 61-80.*
- CARRARA, Francisco
1890. *Programa de Derecho Criminal. Parte general. Volumen II. Bogotá. Temis (1988).*
- CASTORIADIS, Cornelius
1975. *La institución imaginaria de la sociedad. Buenos Aires. Tusquets (2010).*
- CHRISTIE, Nils
1981. *Los límites del dolor. México D. F.. FCE (1988).*
- CHRISTODOULIDIS, Emilios A.
1998. The irrationality of merciful legal judgment: exclusionary reasoning and the question of the particular. *Law and Philosophy* 18(1999): 215-241.
- CLASTRES, Pierre

1977. Arqueología de la violencia: la guerra en las sociedades primitivas. Buenos Aires. FCE (2009).
- CURY, Enrique
2011. Derecho Penal. Parte General. 10ª ed. Santiago. Universidad Católica de Chile.
- DERRIDA, Jacques
1989. Del derecho a la justicia. En: DERRIDA, J. 1994. Fuerza de ley. El 'fundamento místico de la autoridad'. Madrid. Tecnos (2010). pp. 11-67.
1990. Nombre de pila de Benjamin. En: DERRIDA, J. 1994. Fuerza de ley. El 'fundamento místico de la autoridad'. Madrid. Tecnos (2010). pp. 69-151.
- DETMOLD, M. J.
1989. Law as practical reason. Cambridge Law Journal 48(3): 436-471.
- DIDEROT y D'ALAMBERT
1751-1765. Artículos políticos de la Enciclopedia. Barcelona. Altaya (1998).
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis
2003. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. En: ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U.; NIETO MARTÍN, A. (Coord.). 2003. Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. Cuenca. Universidad de Castilla - La Mancha. pp. 147-172.
2004. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 06-03 (2004): 1-34.
2005. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 07-01 (2005): 1-37.
- DURKHEIM, Émile
1893. La división del trabajo social. Madrid. Akal (2001).
1895. Las reglas del método sociológico. Madrid. Akal (2001).
1898. Representaciones individuales y representaciones sociales. En: DURKHEIM, É. 1951. Sociología y filosofía. Buenos Aires. Kraft. pp. 77-134.
1906. Determinación del hecho moral. En: DURKHEIM, É. 1951. Sociología y filosofía. Buenos Aires. Kraft. pp. 135-184.
1922. La educación, su naturaleza y su papel. En: DURKHEIM, E. 1922. Educación y sociología. Barcelona. Península (1975). pp. 43-72.

- DURKHEIM, Émile y MAUSS, Marcel
1901-02. Sobre algunas formas primitivas de clasificación. Contribución al estudio de las representaciones colectivas. En: DURKHEIM, É. 1996. Clasificaciones primitivas y otros ensayos de sociología positiva. Barcelona. Ariel. pp. 23-103.
- DWORKIN, Ronald
1999. Los casos constitucionales. En: DWORKIN, R. 1999. Los derechos en serio. Barcelona. Ariel. pp. 209-233.
- ETCHEBERRY, Alfredo
1997. Derecho penal. Tomo primero. Parte general. 3ª ed. Santiago. Jurídica de Chile (1999).
- FEINBERG, Joel
1965. The Expressive Function of Punishment. En: FEINBERG, J. 1970. Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility. Princeton. Princeton University Press. pp. 95-118.
- FEUERBACH, Anselm von
1801. Tratado de derecho penal. Buenos Aires. Hammurabi (2007).
- FOUCAULT, Michel
1973. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona. Gedisa (2010).
1975. Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. México D. F. Siglo XXI (2010).
1976. Genealogía del racismo. La Plata. Caronte (2008).
1979. El sujeto y el poder. En: DREYFOUS, H. L. y RABINOW, P. 2001. Michel Foucault: Más allá del estructuralismo y la hermenéutica. Buenos Aires. Nueva Visión. pp. 241-259.
1979b. *Omnes et singulatim*: hacia una crítica de la razón política. En: FOUCAULT, M. 2008. La vida de los hombres infames. La Plata. Caronte. pp. 179-205.
- GARCÍA INDA, Andrés
2001. Introducción. La razón del derecho: entre *habitus* y campo. En: BOURDIEU, P. 2001. Poder, derecho y clases sociales. Bilbao. Desclée de Brouwer. pp. 10-60.
- GARRIDO MONTT, Mario

1997. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Santiago. Jurídica de Chile (2001).

GEHLEN, Arnold

1957. Contribución a la historia de la antropología. En: GEHLEN, A. 1961. Ensayos de antropología filosófica. Santiago. Universitaria (1973). pp. 13-36.
1958. Sobre civilización, naturaleza y espontaneidad. En: GEHLEN, A. 1961. Ensayos de antropología filosófica. Santiago. Universitaria (1973). pp. 106-125.
1960. El hombre y las instituciones. En: GEHLEN, A. 1961. Ensayos de antropología filosófica. Santiago. Universitaria (1973). pp. 94-105.

GIRARD, René

1972. La violencia y lo sagrado. Barcelona. Anagrama (1995).
1982. El chivo expiatorio. Barcelona. Anagrama (1986).

GROCIO, Hugo

1625. Del derecho de la guerra y de la paz. Tomo III. Madrid. Reus (1925).

GÜNTHER, Klaus

2000. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un 'cambio de paradigma' en el derecho penal? En: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). 2000. La insostenible situación del derecho penal. Granada. Comares. pp. 489-505.

HABERMAS, Jürgen

1973. Acerca de la lógica de los problemas de legitimación. En: HABERMAS, J. 1999. Problemas de legitimación del capitalismo tardío. Madrid. Cátedra. pp. 161-234.
1987. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? *Doxa* 5 (1988): 21-45.
- 1987b. Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social. 4ª ed. Madrid. Taurus (1999).

HART, Herbert L. A.

1961. El concepto de derecho. Buenos Aires. Abeledo-Perrot (1998).
1968. Introducción a los principios de la pena. En: BETEGÓN, J. y PÁRAMO, J. R. de (Dir.). 1990. Derecho y moral. Ensayos analíticos. Barcelona. Ariel. pp. 163-80.
1982. Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad. *Isonomía* 6 (1997): 83-105.

HASSEMER, Winfried

- 1984. Fundamentos del Derecho Penal. Barcelona. Bosch.
- 1990. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal 'eficaz'. En: HASSEMER, W. 1999. Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Bogotá. Temis. pp. 39-50.
- 1995. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En: BUSTOS RAMÍREZ. 1995. Pena y Estado. Función simbólica de la pena. Santiago. Jurídica ConoSur. pp. 23-36.
- 2003. Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal. México D. F.. Instituto Nacional de Ciencias Penales.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco

- 1989. Introducción a la criminología y al derecho penal. Valencia. Tirant lo blanch.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich

- 1821. Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política. Barcelona. Edhasa (2005).
- 1830. Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio. Para uso de sus clases. 3ª ed. Madrid. Alianza (2005).

HIRSCH, Andrew. von

- 1993. Censurar y castigar. Madrid. Trotta (1998).

HOBBS, Thomas

- 1651. Leviatán. O la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil. México D. F.. FCE (2006).

HÖFFE, Otfried

- 1983. Immanuel Kant. Barcelona. Herder (1986).

HORKHEIMER, Max y ADORNO, Theodor W.

- 1969. Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos. 2ª ed. Madrid. Trotta (1998).

HRUSCHKA, Joachim

- 1991. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. Anuario de Derecho Penal III (1994): 342-356.

HUBERT, Henri y MAUSS, Marcel

1899. De la naturaleza y de la función del sacrificio. En: MAUSS, M. 1970. Obras. Tomo I. Lo sagrado y lo profano. Barcelona. Barral. pp. 143-248.

JAKOBS, Günther

1985. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En: JAKOBS, G. 1997. Estudios de Derecho Penal. Madrid. Cívitas (1997). pp. 293-324.
1991. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Madrid. Marcial Pons (1995).
1996. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
1998. Sobre la teoría de la pena. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- 2003a. La idea de normativización en la dogmática jurídico-penal. En: JAKOBS, G. 2003. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Madrid. Cívitas. pp. 15-45.
- 2003b. ¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. En: JAKOBS, G. 2003. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Madrid. Cívitas. pp. 47-73.

JESCHECK, Hans-Heinrich

1981. Tratado de derecho penal. Parte general. 5ª ed. Granada. Comares (2002).

KANT, Immanuel

1785. Fundamentación para una metafísica de las costumbres. Madrid. Alianza (2010).
1797. La metafísica de las costumbres. Madrid. Tecnos (2008).

KINDHÄUSER, Urs

1989. Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. P. 2009. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho. Lima. Ara. pp. 15-38.
1995. La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. P. 2009. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho. Lima. Ara. pp. 75-117.
2006. Retribución de culpabilidad y pena. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. P. 2009. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho. Lima. Ara. pp. 149-177.

2008. Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal. En: KINDHÄUSER, U. 2008. Teoría de las normas y sistematización del delito. Lima. Ara. pp. 11-38.
- LEACH, E. R.
1970. Sistemas políticos de la Alta Birmania. Estudios sobre la estructura social Kachin. Barcelona. Anagrama (1976).
- LESCH, Heiko. H.
1999. La función de la pena. Bogotá. Universidad Externado de Colombia (2000).
- LÉVI-STRAUSS, Claude
1953. La estructura social. En: BOHANNAN, P. y GLAZER, M. (Eds.). 1997. Antropología. Lecturas. Madrid. McGraw-Hill. pp. 440-473.
- LISZT, Franz von
1882. La idea de fin en el derecho penal. México D. F.. UNAM (1994).
- LUHMANN, Niklas
1970a. Función y causalidad. En: LUHMANN, N. 1970. Ilustración sociológica y otros ensayos. Buenos Aires. Sur (1973). pp. 1-47.
1970b. Método funcional y teoría de sistemas. En: LUHMANN, N. 1970. Ilustración sociológica y otros ensayos. Buenos Aires. Sur (1973). pp. 48-91.
- MACKIE, John L.
1977. Ética. La invención de lo bueno y lo malo. Barcelona. Gedisa (2000).
- MALINOWSKI, Bronislaw
1926. Crimen y costumbre en la sociedad salvaje. Barcelona. Ariel (1973).
1931. La cultura. En: KAHN, J. S. (Ed.). 1975. El concepto de cultura: textos fundamentales. Barcelona. Anagrama. pp. 85-127.
1939. El grupo y el individuo en el análisis funcional. En: BOHANNAN, P. y GLAZER, M. (Eds.). 1997. Antropología. Lecturas. Madrid. McGraw-Hill. pp. 284-303.
1944. Una teoría científica de la cultura. Madrid. Sarpe (1984).
- MAÑALICH, Juan Pablo
2009. Pena y ciudadanía. En: KINDHÄUSER, U. y MAÑALICH, J. P. 2009. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho. Lima. Ara. pp. 119-147.

- 2010a. Terror, pena y amnistía. Santiago. Flandes Indiano.
 2010b. Norma e imputación como categorías del hecho punible. *Revista de Estudios de la Justicia* 12 (2010): 165-185.
 2010c. Retribución como coacción punitiva. *Derecho y Humanidades* 16(I) (2010): 49-67.

MARX, Karl

1844. Manuscritos económico-filosóficos de 1844. México D. F.. Grijalbo (1968).
 1853. Pena capital. En: MARX, K. 2008. Elogio del crimen. Madrid. Sequitur. pp. 33-38.
 1859. Prólogo a la Contribución a la crítica de la economía política. En: MARX, K. 2009. Introducción general a la crítica de la economía política/1857. México D. F.. Siglo XXI. pp. 65-9.

MELOSSI, Dario

1990. El estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia. México D. F.. Siglo XXI (1992).

MERTON, Robert K.

1968. Teoría y estructura sociales. México D.F.. FCE (2010).

MEZGER, Edmund

1955. Derecho Penal. Libro de estudio. Parte General. Buenos Aires. Bibliográfica Argentina (1958).

MILL, John Stuart

1843. Sobre la lógica de la práctica o del arte, incluyendo la moralidad y la prudencia [Capítulo XII de: MILL, J. S. 1843. Un sistema de lógica. Libro VI]. En: MILL, J. S. 1863. El utilitarismo. Madrid. Alianza (2010). pp. 141-156.
 1863. El utilitarismo. Madrid. Alianza (2010).

MIR PUIG, Santiago

1989. ¿Qué queda en pie de la resocialización? *Eguzkilore* 2 (1989): 35-41.
 2003. Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método. 2ª ed. Montevideo/Buenos Aires. B de F.

MONCLÚS MASÓ, Marta

2004. La sociología del castigo en Émile Durkheim y la influencia del funcionalismo en las ciencias penales. En: RIVERA BEIRAS, I. (Coord.). 2004.

Mitologías y discursos sobre el castigo. Historias del presente y posibles escenarios. Barcelona. Anthropos. pp. 131-145.

MUÑOZ CONDE, Francisco

1975. Introducción al derecho penal. Montevideo/Buenos Aires. B de F. (2001).

1985. Derecho penal y control social. Jerez. Fundación Universitaria de Jerez.

NAUCKE, Wolfgang

1979. Prevención general y derechos fundamentales de la persona. En: NAUCKE, W.; HASSEMER, W. y LÜDERSEN, K. 1979. Principales problemas de la prevención general. Montevideo/Buenos Aires. B de F (2004). pp. 15-44.

NIETZSCHE, Friedrich

1873. Sobre verdad y mentira en sentido extramoral. En: NIETZSCHE, F. y VAIHINGER, H. 2007. Sobre verdad y mentira. Madrid. Tecnos. pp. 15-38.

1887. La genealogía de la moral. Un escrito polémico. Madrid. Alianza (2011).

NOVOA MONREAL, Eduardo

1968. Derecho, justicia y violencia. En: NOVOA MONREAL, E. 2006. Nacionalización, derecho y propiedad (Textos escogidos). Santiago. Arcis. pp. 97-106.

PARSONS, Talcott

1959. El sistema social. 3ª ed. Madrid. Revista de Occidente (1966).

PÉREZ SOTO, Carlos

2008. Proposición de un marxismo hegeliano. Santiago. Arcis.

2012. Violencia del Derecho y Derecho a la Violencia. Colección Proposiciones. Creative Commons (2013).

POLITOFF, S.; MATUS, J. P. y RAMIREZ, C.

2004. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general. 2ª ed. Santiago. Jurídica de Chile.

POSNER, Richard A.

1985. An economic theory of the criminal law. Columbia Law Review 85(6) (1985): 1193-1231.

RABOSSI, Eduardo A.

1970. Sobre la justificación moral de las acciones. El tema del castigo. *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía* 4(10): 3-46.

RADBRUCH, Gustav

1948. *Introducción a la filosofía del derecho*. México D. F.. FCE (2005).

RADCLIFFE-BROWN, A. R.

- 1933a. Sanciones sociales. En: RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1969. *Estructura y función en la sociedad primitiva*. Barcelona. Planeta-De Agostini (1986). pp. 233-239.
- 1933b. Derecho primitivo. En: RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1969. *Estructura y función en la sociedad primitiva*. Barcelona. Planeta-De Agostini (1986). pp. 241-249.
1935. El concepto de función en la ciencia social. En: RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1969. *Estructura y función en la sociedad primitiva*. Barcelona. Planeta-De Agostini (1986). pp. 203- 213.
1940. Estructura social. En: RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1969. *Estructura y función en la sociedad primitiva*. Barcelona. Planeta-De Agostini (1986). pp. 215-232.
1945. Religión y sociedad. En: RADCLIFFE-BROWN, A. R. 1969. *Estructura y función en la sociedad primitiva*. Barcelona. Planeta-De Agostini (1986). pp. 175-202.

RAWLS, John

1955. Dos conceptos de reglas. En: FOOT, P. (Ed.). 1974. *Teorías sobre la ética*. México D. F.. FCE. pp. 210-247.

RAZ, Joseph

1975. *Razón práctica y normas*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales (1991).
1985. Autoridad, derecho y moral. En: RAZ, J. 2001. *La ética en el ámbito de lo público*. Barcelona. Gedisa. pp. 227-257.

RÍO, J. Raimundo del

1945. *Explicaciones de derecho penal. Tomo segundo. Generalidades. II. Fines y límites del derecho penal*. Santiago. Nascimento.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de

2002. La retribución penal. *Direito y Ciudadania* 14(IV) (2002): 9-42.

ROBLES PLANAS, Ricardo

2007. '*Sexual Predators*'. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad. InDret. Revista para el Análisis del Derecho 4 (2007): 1-25.
- ROUSSEAU, Jean Jacques
1762. El contrato social. Barcelona. Altaya (1993).
- ROXIN, Claus
1966. Sentido y límites de la pena estatal. En: ROXIN, C. 1976. Problemas básicos del derecho penal. Madrid. Reus. pp. 11-36.
1977. La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena. En: ROXIN, C. 1981. Culpabilidad y prevención en derecho penal. Madrid. Reus. pp. 93-113.
1994. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª ed. Madrid. Cívitas (1997).
- RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto
1939. Pena y estructura social. Bogotá. Témis (1984).
- SCHAUER, Frederick
1988. Formalism. The Yale Law Journal 97(4): 509-548.
1991. Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Madrid/Barcelona. Marcial Pons (2004).
- SCHMITT, Carl
1928. Teoría de la Constitución. Madrid. Alianza (1992).
1934. Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía. 2ª ed. En: ORESTES AGUILAR, H. (Ed.). 2001. Carl Schmitt, teólogo de la política. México D. F.. FCE. pp. 19-62.
1939. El concepto de lo político. En: ORESTES AGUILAR, H. (Ed.). 2001. Carl Schmitt, teólogo de la política. México D. F.. FCE. pp. 167-223.
1950. El *nomos* de la Tierra. En el derecho de gentes del *Jus publicum europaeum*. En: ORESTES AGUILAR, H. (Ed.). 2001. Carl Schmitt, teólogo de la política. México D. F.. FCE. pp. 461-500.
1978. La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Madrid. Alianza (1985).
- SCHÜNEMANN, Bernd
1997. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. En: SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (Ed.). 1997. Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona. Bosch. pp. 89-100.

SEARLE, John R.

- 1969. Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje. Madrid. Cátedra (2007).
- 1995. La construcción de la realidad social. Barcelona. Paidós (1997).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María

- 1992. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona. José María Bosch.
- 1996. Eficiencia y Derecho Penal. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales 49(1) (1996): 93-128.
- 2001. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. Madrid. Cívitas.
- 2001b. El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos. En: ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (Dir.). 2001. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Cuenca. Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca. pp. 699-710.
- 2003. Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría las normas. En: SILVA SÁNCHEZ, J.-M. 2003. Normas y acciones en Derecho Penal. Buenos Aires. Hammurabi. pp. 13-39.

SMART, J. J. C.

- 1956. Utilitarismo extremo y restringido. En: FOOT, P. (Ed.). 1974. Teorías sobre la ética. México D. F.. FCE. pp. 248-265.

SQUELLA, Agustín

- 1999. Introducción al derecho. Santiago. Jurídica de Chile.

STRAWSON, Peter F.

- 1962. Libertad y resentimiento. En: STRAWSON, P. F. 1995. Libertad y resentimiento. Y otros ensayos. Barcelona. Paidós. pp. 39-67.

URMSON, J. O.

- 1953. La interpretación de la filosofía moral de J. S. Mill. En: FOOT, P. (Ed.). 1974. Teorías sobre la ética. México D. F.. FCE. pp. 188-199.

VALDIVIA, Luis de

- 1617. Arte y gramática general que corre en todo el Reyno de Chile, con un Vocabulario y Confesionario. Sevilla. Thomas López de Haro Impresor (1682).

VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan

2010. La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena. *Revista de Derecho XXIII(1)* (2010): 255-268.

WEBER, Max

1904. La 'objetividad cognoscitiva de la ciencia social y de la política social. En: WEBER. M. 1968. *Ensayos sobre metodología sociológica*. Buenos Aires. Amorrortu (2001). pp. 39-101.

1956. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. 4ª ed. México D. F.. FCE (2004).

WELZEL, Hans

1956. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires. Depalma.

WITTGENSTEIN, Ludwig

1921. *Tractatus logico-philosophicus*. Madrid. Alianza (2012).

ZYSMAN QUIRÓS, Diego

2004. El castigo penal en EE.UU. Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente". En: RIVERA BEIRAS, I. (Coord.). 2004. *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historias del presente y posibles escenarios*. Barcelona. Anthropos. pp. 251-285.