



Comentario bibliográfico

Guido Croxatto

Sarat, Austin. *Mercy on Trial: What It Means to Stop an Execution*.¹ Princeton University Press, 2007, 325 pp.

“Si pretendía emitir juicios sobre la ejecución o trataba directamente de obstaculizarla, podían decirle: “Eres un extranjero, no te metas.”

Kafka, La colonia penitenciaria

“El cuerpo supliciado se inscribe en primer lugar en el ceremonial judicial que debe exhibir, a la luz del día, la verdad del crimen”

Foucault, Vigilar y Castigar

Norbert Elias, en *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, X. Las Transformaciones de la agresividad, referido a la sensibilidad de la sociedad cortesana, nos dice: “Por ejemplo, ¿qué se podía hacer con los prisioneros? En esta sociedad había poco dinero. Podía tratarse bien a los cautivos capaces de pagar un rescate y a los que eran del mismo estamento que los apresores. Pero ¿y los otros?”² Esta es la pregunta esencial que recorre a toda su literatura, “pero, ¿y los otros?”. Una pregunta esencial que persigue o recorre también a varios críticos, o autores contemporáneos, una pregunta que bien puede

¹ 2006 James Boyd White Prize, Association for the Study of Law, Culture, and the Humanities.

² Elias, Norbert. *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, FCE, México, 1993, p. 233. X. Las Transformaciones de la agresividad. Como afirma Paul Ricoeur, en *La memoria, la historia, el olvido*, “lo que Elias llama proceso de civilización concierne directamente a nuestras preocupaciones relativas al establecimiento de la historia de las representaciones”. (FCE, Buenos Aires, 2010, p. 266) El libro de Austin Sarat intenta mostrar a la pena de muerte en ese camino de “representaciones” de la sociedad.

hacerse hoy en día. “Pero ¿y los otros?”. Los *otros* empiezan a aparecer en determinado momento. No estuvieron siempre. Antes ni siquiera eran vistos como tales³.

Uno de los grandes puntos que trajo la civilización –prosigue N. Elias- es la disminución de los contrastes⁴. Lo que Elias va a mostrar en sus investigaciones es que llegado determinado momento, muchas cuestiones que antes eran públicamente celebradas, se privatizan⁵. Se alejan de la mirada del público. Se sustraen del espacio público. Se clandestinizan. Se invisibilizan. Se esconden. Se privatizan, o, mejor dicho, se disimulan. De repente⁶, muchas cosas que antes nos gustaban, nos dejan de gustar, “nos repugnan”. Nos empiezan a parecer “indecorosas”. Afectan nuestro pudor (el pudor y la racionalización son las dos categorías esenciales de Elias⁷). Ya no queremos mancharnos. Por eso encerramos y ocultamos al reo. En lugar de descuartizarlo o decapitarlo públicamente, lo ocultamos⁸. Lo sustraemos de la mirada. Empezamos a ver a su muerte, su electrificación, como algo que no se debería mostrar. Como algo privado y que se realiza pudorosamente sólo detrás de los altos muros de la cárcel, por funcionarios profesionales altamente especializados dedicados a *eso*. De algún modo, se neutraliza, se objetiviza, se desvaloriza, (y se distancia) su ejecución. Antes la muerte tenía todo un costado político, social, que ahora pareciera no tener. Ahora la muerte es sólo un acto legal válido. Objetivo y justo. Se ejecuta, pero ya no se celebra. El Estado ya no gana nada con eso.⁹ La pena de muerte, la pena capital, es tal vez el caso más simbólico, el caso más elocuente de esta transformación, de

³ Todorov, Tzvetan. *La Conquista de América. El Problema del Otro*. Siglo XXI. Madrid. 1997.

⁴ Lo que Elias quiere mostrar con esto es que “una de las peculiaridades de la sociedad occidental es que, en el curso de su desarrollo, va reduciéndose este contraste entre la situación y el código de conducta de las clases dominantes y de las clases dominadas.” (Op. Cit. p. 467). Lo que muestra en todo caso es cómo estas clases empiezan a configurarse y moldearse entre sí. (Elias llega a decir: “A lo largo de esta evolución van difundiéndose entre todas las clases los rasgos de las clases dominadas”) Y es en este movimiento que las clases empiezan a ser percibidas como “otros”. Antes no eran “otros”. No eran nada. A lo sumo, eran *bárbaros*. Salvajes alejados. “En cambio, si se considera todo el movimiento a lo largo de los siglos, puede observarse una reducción continua de los contrastes agudos en el comportamiento de los diversos grupos sociales, al igual que en los contrastes y variaciones en el de los individuos aislados. La modelación de los instintos, las formas de comportamiento, el conjunto de los hábitos de las clases inferiores en la sociedad civilizada se aproximan paulatinamente a los de los otros grupos...” (pp. 467 y ss.)

⁵ Otros dirán: el Estado ya no necesita de estas exhibiciones de violencia para afirmarse.

⁶ En rigor, ningún cambio es de repente, todo cambio es gradual, con marchas y contramarchas.

⁷ Ricoeur, Paul. **La Memoria, La Historia, el Olvido**. Buenos Aires, FCE. 2010. p. 269.

⁸ Blumenberg, Hans. *Salidas de caverna*, Madrid, Antonio Machado, 2004. También Blumenberg, Hans. *La posibilidad de comprenderse*. Síntesis. Madrid. 1991. Ser Espectador es Reprobable.

⁹ Se limita a defender a la sociedad de estos “criminales peligrosos”; incorregibles. Se abandonaría la idea de re-socialización o rehabilitación.

este proceso o de este cambio notable de mentalidad en la historia. Y de esto trata el libro de Sarat.

Nuestra idea es interpretar este libro (*Mercy on Trial*) a partir de un libro de Robert Cover, *Derecho, Narración y violencia*¹⁰, (que sin dudas ejerció alguna influencia en Sarat, que fue editor del mismo), sobre todo de su parte segunda: *La violencia de los actos legales*¹¹.

“The road to clemency”.

El 11 de enero del 2003, el Gobernador de Illinois, George Ryan, republicano, anunció que conmutaría las sentencias de 167 prisioneros esperando la pena de muerte. Ryan, en ese entonces un perfecto desconocido, se hizo eco de las sucesivas denuncias de jóvenes universitarios (estudiantes de periodismo de la Northwestern University) que habían mostrado pruebas de que el famoso prisionero Anthony Porter, a días de ser ejecutado, era inocente y no debía estar preso. Ryan basó su decisión en el “demonio del error” en el sistema de pena capital. “Nuestro sistema de pena capital está atormentado por el demonio del error, error al determinar la culpa y error al determinar quiénes entre los culpables merecen morir,” declaró Ryan. Y se lanzó algunas preguntas “¿Qué efecto está teniendo la raza? ¿Qué efecto está teniendo la pobreza? Por todas esas razones, hoy estoy conmutando las sentencias de todos los condenados a muerte.” Ryan tomó esta decisión sólo tres días antes de que terminara su mandato, y en medio de la polémica lanzada por el diario Chicago Tribune, que había publicado una serie de cinco números o informes dedicados a analizar la mala conducta fiscal, la discriminación imperante en el sistema, etc. Muchos escritores, como Cornelio Gruman, habían escrito, a su vez, muchos artículos en contra la pena de muerte¹².

¹⁰ El trabajo de Cover se centra en la tensión que existe –o la tensión que el autor ve- entre el derecho como fenómeno cultural e interpretativo que da cohesión a los grupos humanos y el derecho como un ejercicio de la violencia. (destructor de esas mismas cohesiones). Esta “tensión” desaparece en una interpretación netamente marxista del derecho, ya que allí el derecho es siempre una expresión de violencia.

¹¹ Como veremos más adelante, un tema esencial es qué tipo de relación establecen entre sí el derecho y la violencia. Una de las preguntas esenciales de Cover es, cuando hablamos de la violencia del derecho, ¿de qué hablamos? No es una pregunta sencilla. De esta manera Cover pretende visibilizar o traer a la luz aspectos del derecho continuamente silenciados, invisibilizados bajo la máscara de lo legal. Pretende visibilizar todo lo que rutinariamente permanece invisibilizado y soterrado en el nivel del discurso. Una de las funciones del discurso es la de esconder, justamente, la violencia. Es el lugar que el marxismo le concede a la ideología, el mismo lugar o espacio que le concede al derecho.

¹² En 1972 la Corte Suprema de Estados Unidos declaró inconstitucional la pena de muerte. Cuatro años después cambió de idea.

Este es el debate, o el suceso, que le sirve a Austin Sarat para comenzar su libro. La “*historia de Illinois*” es la historia de esta polémica: ¿*What it means to stop an execution?* (subtítulo del libro) debe entenderse a partir de la historia de Ryan, un conservador republicano, un farmacéutico de Kankakee, de 60 años, que había votado a favor de la pena de muerte para delitos horribles, pero que decidió, en el 2003, “salvar 167 vidas”¹³. Esta decisión no fue fácil. De hecho, el nuevo gobernador Rod Blagojevich (su sucesor en el cargo) fue muy crítico de la decisión de Ryan, llamándola “una injusticia terrible”.

Lo que la historia de Ryan muestra, en todo caso, es no sólo que un gobernador conservador puede tomar decisiones contra las cuales él mismo había votado (Ryan estaba a favor de la pena de muerte, creía o cree que hay delitos horribles que no merecen ser perdonados) sino qué rol activo pueden tener el periodismo y la universidad. (En el camino de la abolición)

Este libro debe ser leído como una continuación de un libro previo de Austin Sarat: *When the State Kills*, publicado en 2001. Debe leerse lo que dice en este libro (historiando las ejecuciones) en diálogo con aquel libro sobre la forma en que los Estados han matado o asesinado (para Sarat el buen uso del lenguaje es esencial o prioritario y en esto se acerca, como dijimos, a Cover, él quiere dejar de lado el doble estándar, él quiere dejar de lado el eufemismo legal que nos impediría decir que el Estado “mata”¹⁴). En este sentido sus trabajos se aproximan mucho a los de Robert Cover (en *Derecho, narración y violencia*). Si aquel libro (publicado, como éste, por la Universidad de Princeton) se refería a la forma en que los Estados han matado, este nuevo libro se ocupa, dentro de esa inmensa historia de sangre y muerte y silencio y desolación abrupta, de los momentos excepcionales, particulares, en que los estados han decidido, por diversas razones, no matar. Por qué han decidido no ejecutar, no asesinar, no aniquilar, no matar a los reos (reos que sólo gradualmente empiezan a ser vistos como personas): Mercy. Han tenido o mostrado piedad. ¿Por qué? Esa es la pregunta que persigue a Sarat. ¿Por qué en determinados momentos o casos los Estados han otorgado un “perdón” último? En qué se basaron. ¿Por qué han conmutado una pena? ¿Por qué han preservado, con todo, en algunos casos (y no en otros) la vida?¹⁵ ¿Cómo se lleva la clemencia con la igualdad ante la ley? Este libro es entonces la contracara del libro anterior. Este libro podría llamarse “When the State doesn’t Kill”.

¹³ El ex gobernador Ryan (que estuvo preso por fraude) sigue siendo un héroe para el movimiento contra la pena de muerte y fue nominado varias veces para el Premio Nobel de la Paz.

¹⁴ En esto Sarat se acerca a Louk Hulsman, cuando dice que “sólo cambiando el lenguaje se cambiará la visión de la problemática de la inseguridad y el delito”. Para Hulsman, además, el Estado es el principal responsable de nuestro uso del lenguaje. (Hulsman va más allá y pretende cambiar la denominación “delito” por la más comprensiva de “situación problemática”, que no centre toda su atención absurdamente sobre el sólo agente que delinque, como abstraído de la sociedad que, en muchos casos, lo fuerza a ello.

¹⁵ Foucault, M. *Defender a la Sociedad*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 2007.

Sarat entiende que Estados Unidos está en el camino de la abolición. Esto, que no dice en este libro, es parte de sus lecturas y sus obras. Sus artículos dan testimonio de esa búsqueda. Sarat está construyendo un relato. Este libro sobre la piedad es parte de ese camino. Él intenta buscar en esas decisiones “últimas”, tan en el límite, el límite entre la vida y la muerte, argumentos que le permitan construir un discurso o empezar a definir un camino. Esto es paradójico porque su visión de la clemencia no es ingenua (la define, incluso, como un acto arrogante) y porque él ve, en la vida cultural y política de los Estados Unidos, un auge de la victimización y del retribucionismo. Veremos estos temas con detenimiento.

En el cap.1 (*Mercy, Clemency and Capital Punishment, The Illinois Story*) Sarat hace un repaso de la polémica que se generó a partir de la conmutación de Ryan. Voces a favor y voces en contra. Voces que ponderan la pena de muerte. Voces que la cuestionan. Más allá del eje, el debate que trata Sarat tiene elementos universales. Más allá de la pena de muerte, los argumentos que se escriben (civilización vs barbarie, nacionalidad e inmigración, delincuencia y trabajadores honestos) el lenguaje y los argumentos y las dicotomías (las falsas dicotomías, diremos) que se emplean son muy parecidos a las que se emplean en otras sociedades que no son la norteamericana. El libro de Austin Sarat en este sentido puede servir también como un lúcido espejo para ver nuestros propios problemas sobre la inseguridad¹⁶ o el delito¹⁷.

En el capítulo segundo, Sarat trata de ubicar esta historia en un determinado contexto, y ésta tal vez sea la parte más trascendente de su libro, ya que allí define el camino que él ve o interpreta en el siglo XX: el camino de la abolición. (*Capital Clemency in the Twentieth Century, Putting Illinois in context*).

El cap. 3 parte de una pregunta que el mismo intenta responder en sus investigaciones: *What place for Mercy?* esta pregunta, simple en apariencia, termina siendo fundamental para abrir un sinnúmero de nuevos interrogantes, y es a partir de allí que hace fundamentalmente un análisis de la jurisprudencia de Estados Unidos, de los Estados que tienen aún la pena capital. En el cuarto capítulo, da un paso esencial, que es lo que distingue su libro: el paso al ángulo del poder. Como se ve la pena de muerte no ya desde la víctima encerrada, resignada a la fatalidad gris, (cuyas voces, en rigor, nunca escuchamos), sino desde el poder mismo, es decir, desde aquellos que tienen el poder de evitar una

¹⁶ Melossi o Luigi Ferrajoli dirán que la inseguridad no es un problema o, en todo caso, es un problema mal planteado.

¹⁷ Sutherland, E. *White Collar Crime*. New York: Dryden Press.1949. También puede verse Castel, Robert, *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegidos?*, Manantial, Buenos Aires. 2004, Capítulo 1 “La inseguridad civil en el Estado de derecho”.

muerte, frenando (o no frenando) una ejecución. Dejar morir o “dejar vivir”, este sería el debate (en el que se inscribe la pregunta anterior: *What place for Mercy?* y que nos hace pensar inmediatamente en Michel Foucault y en su libro *Defender a la Sociedad*) y que se aborda en *Governing Clemency, From Redemption to Retribution*. El autor analiza los distintos argumentos esgrimidos por los gobiernos. Como el subtítulo lo indica, hace un breve repaso por las teorías retribucionistas del derecho, algo que no es nuevo para él. Como veremos, se mofa de autores como Herbert Morris¹⁸. No se hace sólo en abstracto, (por ejemplo, críticas al idealismo penal, etc.) sino que busca ver cómo esos argumentos o doctrinas van “moldeando” decisiones concretas, incluso cuando quienes deciden no saben bien a qué tipo de discurso (idealista o racista, por ejemplo) están apelando o qué filosofías retribucionistas penales aplican. Sobran las ironías para los seguidores de Hegel, que defienden, por un lado, la idea de que la pena es la negación del delito (si el delito es la negación del derecho, la pena es la negación de la negación) así que la pena restablece el derecho, es “querida” por la misma persona que va a ser condenada¹⁹ (en este sentido, no parece casual que Hegel sea también uno de los autores tomados por el fascismo europeo, en tanto defiende la superioridad moral del Estado, frente a los individuos mezquinos y egoístas). En la concepción hegeliana el individuo es una entidad moralmente inferior al Estado, que persigue el bien común. El Estado es superior al individuo. La vida del individuo empieza a ser, de algún modo, devaluada, menos valiosa que la vida moral del Estado. Este es el primer paso de la “pena de muerte”. Las vidas de los reos son vidas devaluadas. Vidas de segunda categoría. Esto se ve, también, en el plano no menos importante de la arquitectura (algo central para un autor que, como Sarat, se dedica al cine y a pensar todo, también la escenografía y la arquitectura). El gigantismo en arquitectura es el estilo (y esto se ve sobre todo en los palacios judiciales, en las facultades de derecho, en los estadios y en las cárceles, en los grandes edificios públicos, con grandes columnas e imponentes decorados, en los estrados sagrados del juez, etc.) que adoptó el fascismo europeo, italiano y alemán, para denotar la “superioridad” moral y política del Estado, la “grandeza” del Estado frente al individuo mezquino, minúsculo²⁰, que queda, de esa forma, notablemente disminuido o empequeñecido o desvalorizado frente a las estructuras (superiores, grandes, más elevadas) del poder público²¹. Todo esto se vincula al retribucionismo penal: el autoritarismo, la visión del Estado, la

¹⁸ Detrás de este libro se esconde otro tema de gran actualidad: el abandono de las pretensiones resocializadoras. La criminología actuarial, la gestión del riesgo, etc. Una visión realista del derecho, sobretudo del derecho penal. Véase Pavarini, Massimo. *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2006.

¹⁹ De lo contrario, no sería un hombre, sería un animal.

²⁰ En *La Metamorfosis* Kafka da cuenta de esta “transformación” del Hombre en un pequeño insecto.

²¹ En este sentido, puede verse la película *El Proceso*, de Orson Welles, basada en la novela de Kafka. Welles juega continuamente con los tamaños de los personajes y los escenarios muchas veces los hacen parecer seres diminutos, sobretudo cuando están “ante la ley”.

arquitectura, el corporativismo social, el idealismo en filosofía (Hegel, Kant, etc.). Todos estos puntos, por dispersos que parezcan, o desconectados entre sí que puedan parecer, tienen mucho que ver con la pena de muerte²². Es a ellos que debe responder, por ende, el abolicionismo.

Austin Sarat nos dice: “Yo sostengo que la clemencia en casos de pena capital se encuentra en decadencia en la medida en que los líderes políticos responden a fuerzas -por ejemplo, los derechos de las víctimas y el retribucionismo penal, que son cada vez más poderosas en la cultura política americana”²³ (Sarat, A. Op. Cit. p. 28). Sus ironías alcanzan un grado máximo cuando debe ocuparse, como veremos, del Prof. Herbert Morris.

En este punto, los argumentos más controvertidos e interesantes de Sarat son los que apuntan a mostrar la pena de muerte como un acto (más que como un acto, un símbolo) de (poder de) soberanía. El autor nos dice: “Si bien la globalización pone una creciente presión sobre la soberanía del Estado desde afuera de sus fronteras, la gobernabilidad y el neoliberalismo crean presión desde dentro. Bajo estas presiones, como el teórico político Timothy Osborn Kaufman dice: “hasta la autoridad del último estado liberal está sin resolver”. Y donde la soberanía es más frágil, como ocurre hoy en día, los símbolos dramáticos de su presencia, como por ejemplo la pena capital, pueden llegar a ser decisivos. El mantenimiento de la pena de muerte es, se podría argumentar, esencial para la demostración de que (el poder de) la soberanía sigue residiendo en los estados-nación”²⁴. Esto es particularmente importante “en tiempos en que los ciudadanos son escépticos sobre las capacidades de los gobiernos de los Estados”. La pena capital sería así una forma de afirmación simbólica –y desesperada- del poder. Es a través de las penas que el Estado se hace visible. En este punto “*la pena de muerte provee una arena en la cual el Estado puede redimirse a sí mismo tomando decisiones con resultados claros, visibles y populares*”. “Bajo presión, los actores del Estado tratan de movilizar –dice Sarat- símbolos premodernos de soberanía, siendo uno de los más importantes el que está vinculado a la pena de muerte”. La pena de muerte sería así, más que un acto, una simbología. Un símbolo (que es parte de un relato²⁵). En este sentido, sería impensable “un Estado que no puede ejecutar a quienes condena a muerte”. Este es “el drama de la soberanía del Estado bajo condiciones de globalización”: la necesidad –imperiosa-

²² Véase Thoreau, Henry. *Desobediencia Civil*. Ed. Leviatán. Buenos Aires. 2006. Derrida, J. Seminario. La bestia y el soberano. Vol. I. Buenos Aires, Manantial, 2010.

²³ “I argue that clemency in capital cases is in decline as political leaders respond to forces –for instance, victims rights and retributivism- that are increasingly powerful in American political culture”

²⁴ Sarat, A. *Mercy on Trial: What It Means to Stop an Execution*. Princeton University Press. 2006. pp. 18 y ss.

²⁵ Cover, Robert. *Derecho, Narración y Violencia*. Ed. Gedisa. Barcelona. 2001. Parte Segunda. La violencia y la palabra. II. B. La interpretación dentro de un sistema destinado a generar violencia. pp. 135 y ss.

de afirmarse. De hacer visible su poder²⁶. El precio, de todas maneras, es demasiado alto.

Una línea permanente aunque no siempre explicitada en el libro, es la comparación continua entre la piedad y el derecho²⁷. El autor hace un análisis de la piedad y su vinculación con el derecho. La primera pregunta que podemos hacernos mientras leemos este libro es ¿Qué es la piedad? o ¿Qué es la clemencia? Y yendo más allá, con el mismo Sarat, ¿Por qué se presenta como piedad lo que debería ser presentado cómo simple derecho? Claro que no todos coincidirían con Sarat en presentar como simple derecho la vida de toda persona (por “horrendo” que sea o haya sido el delito que ésta cometa, su vida es algo que ningún estado podría violentar, aspecto que Sarat trata en su libro anterior, que debe ser leído en consonancia con éste: *When the State kills*). En este libro, de todos modos, la piedad se presenta como un acto que viene a afianzar las estructuras de poder. En el capítulo 6, Conclusión, *On Mercy and It's Risks*, le presta atención a esta idea.

Particularmente interesante es el primer apéndice (A) dedicado al gobernador republicano, George Ryan, “*I Must Act*” (debía actuar²⁸), de eso se trata en definitiva el libro de Austin Sarat: de estimular a los gobernadores y a los legisladores y a la ciudadanía toda para que “actúe”, para que se sienta, como el gobernador Ryan, compelida a “hacer algo”²⁹. Como afirma Sarat al comienzo del libro, en los reconocimientos y agradecimientos, fue un amigo suyo el que le mostró la necesidad imperiosa de revisar estos temas tanto por su relevancia para la teoría legal, como por su importancia ética en la vida pública de los estadounidenses.

²⁶ “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” dice Jacques Derrida en *Fuerza de la ley. El fundamento místico de la autoridad*. (Ed. Tecnos. Madrid. 1997. pp. 151)

²⁷ Steiner, George. *Antígonas. La travesía de un mito universal por la historia de Occidente*. Ed. Gedisa. Madrid. 2005.

²⁸ De todos modos, de Ryan se va a decir que hizo lo correcto, “Ryan did the right thing” afirma Sarat, “*it gave new voice to ongoing trends in our political and cultural lives*”, dice Sarat. Sin embargo, Sarat aclara más adelante que Ryan actuó con “clemencia”, pero no con compasión. (“*Thus clemency has a contingent, not necessary, relation to mercy*”, p.20) El cap. 5 se titula justamente “*Clemency whitout mercy. George Ryan's dilemma*”. Es por eso que se llega a ver a la clemencia como un acto “arrogante”. Esto le sirve al autor para denunciar el estado precario, borroso, en que existe actualmente la clemencia. Clemencia que se confunde con la más pura arbitrariedad (reproduciendo los mismos errores que Ryan denuncia en el sistema: discriminación, etc., por eso el “acierto” de Ryan consiste en no haber hecho distinciones y conmutar a todos). En este sentido, la clemencia sería una figura contradictoria, una caída en el infinito, terminaríamos pidiendo “clemencia” para los que no obtuvieron clemencia (de la clemencia, y así, sucesivamente). Es en este punto que Sarat discute o revisa los argumentos que han usado tradicionalmente los gobernadores para defender la clemencia. El tema de fondo es la igualdad ante la ley.

²⁹ En el cap. V Austin Sarat le presenta mucha atención a la retórica empleada por Ryan.

Como él mismo recuerda al comienzo, nada hacía pensar que este tímido farmacéutico de sesenta años, de Kankakee, Illionis, republicano, que nada tenía de glamour, y estaba a punto de terminar su mandato (faltaban sólo 3 días), iba a sentir, una mañana, un compelimiento, que debía detener la muerte de 167 personas. Ese “llamado” de atención que sintió un hombre común, gobernador republicano, habla, según Sarat, de un nuevo cambio. De una nueva sensibilidad³⁰. Para Austin Sarat, antes de esa decisión, Ryan sólo había pensando en la pena de muerte “como una idea abstracta de Justicia”, (votó a favor de la pena de muerte diciendo “*I believed some crimes were so heinous*”). Esto cambió cuando de él llegaron a depender 167 vidas. Y también la presión de los medios (Chicago Tribune, Usa Today) y de los jóvenes de la Universidad de Northwestern, que mostraron las falencias del sistema, la poca rigurosidad de algunos medios de prueba y la excesiva liviandad para acusar y condenar a muerte a una persona, sobre todo si esa persona es pobre o de color. Esto es lo que Ryan denominó “el demonio del error” que impregna al sistema de la pena capital. Que el sistema penal en vez de corregir, sólo reproduce y consolida todos los vicios de la sociedad: racismo, discriminación, intolerancia, desigualdad, pobreza, violencia. El sistema penal es parte del problema.

Este libro sobre la pena de muerte puede servir también como disparador para pensar una relación más compleja aún: la relación del derecho y la violencia. ¿Qué relación hay entre **el derecho y la violencia**? ¿Qué tipo de relación establecen entre sí? No es una relación simple ya que es una relación que muchas veces ni siquiera se piensa o se ve. La pena de muerte es en este aspecto una forma extrema de violencia, pero aún así, es sólo una de las caras que adopta la violencia en el derecho. Esta relación que ha sido matizada desde el discurso legal porque, naturalmente, todo lo que hace el derecho no es normalmente percibido como tal, como violencia, sino como meros “actos legales” (por eso Corver habla de la violencia de los actos legales, aspecto que tiende a ser no pensado, porque lo legal no tiene que rendir cuentas, mientras sea, justamente, “legal³¹”). Por ejemplo, Robert Cover, en *Derecho, Narración y Violencia*³², II, **La violencia y**

³⁰ Puede verse Elias, Norbert. *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires. 1993.

³¹ Robert Cover, en *Derecho, narración y violencia*. apartado II, La violencia y la palabra, A. La revelación del factor que juegan los papeles latentes, nos dice que “si la estructura institucional –el sistema de papeles, (pensemos en la teoría de la interacción social, de Howard Becker) da efecto a la comprensión efectuada por el juez, transformando esa comprensión en “ley”, también le confiere significado a los hechos que llevan a cabo esta transformación, tornándolos así “legales” y otorgándoles legitimidad” y agrega más adelante que “una de las tareas centrales del intérprete legal es atender los aspectos problemáticos de la integración de papel, hecho y palabra, no sólo cuando la violencia –esto es, la ejecución de la medida ordenada- carece de significado, sino también cuando el significado carece de violencia” (Cover, R. Op. cit. pp. 140-141)

³² Libro que editó, casualmente, el mismo Austin Sarat. “Violence and the Word”, en 95 Yale Law Journal. 1601 (1986). Reimpreso en Martha Minow, Michael Ryan y Austin Sarat, *Narrative, Violence and the Law*, Michigan University Press, Anna Arbor, 1992. En el apartado segundo, La violencia y la

la palabra (Introducción. *La violencia de los actos legales*³³), entiende que debemos empezar con lo que los jueces hacen, y no con lo que los jueces dicen (que hacen) ¿Y qué es lo que los jueces hacen? “Los jueces sólo reparten dolor y muerte”, afirma Cover, “La violencia del acto de condena es más evidente cuando es observada desde el punto de vista del acusado. Por lo tanto, cualquier versión que trate de minimizar la violencia o de elevar el carácter interpretativo o el significado del hecho dentro de una comunidad de valores compartidos tenderá a ignorar al acusado”. O lo que es igual: a banalizarlo, a banalizar el dolor. Esto es lo que hacen las interpretaciones del derecho con el acusado: lo borran. (Cover, uno de los padres del *Derecho y literatura*, llega a decir que “el hecho de que la habilidad de uno de construir realidades interpersonales sea destruida por la muerte es obvio, pero en este caso lo que es cierto acerca de la muerte es cierto también acerca del dolor, porque el dolor destruye, entre otras cosas, **el lenguaje mismo**”³⁴). Esto es aún más evidente para la pena de muerte.³⁵ “La violencia de

palabra, B. **La imposición de la pena de muerte como un acto interpretativo de violencia**, Robert Cover nos dice que “la constitucionalidad de la pena de muerte, y, de serlo, su concreta imposición, son algunos de los problemas más difíciles que puede enfrentar un juez. Aunque su gramática pueda parecer similar a la de cualquier otra condena penal, la condena a muerte en tanto acto interpretativo es única en por lo menos tres aspectos. En primer lugar, el juez debe interpretar los textos constitucionales y otros textos legales que regulan las ocasiones apropiadas o permisibles para la imposición de la pena de muerte. En segundo lugar, el contexto en el que debe entender estos textos es el de una decisión que prescribe el acto de matar a una persona. Por último, debe actuar para poner en movimiento actos de otras personas que, de seguir normalmente su curso, van a desembocar en el acto de dar muerte al acusado que ha sido condenado. Nuestros jueces *nunca* matan al acusado ellos mismos (el subrayado es de Cover). No presencian la ejecución. Sin embargo, son intensamente conscientes del acto que sus palabras autorizan” (Cover, Robert. Op. cit. p. 145). Cover afirma –y ésta es la línea que toma Austin Sarat– que “la situación sensible y confusa hoy prevaleciente en relación con la pena de muerte en Estados Unidos es en varios aspectos un producto de lo que yo he descrito como el carácter constreñido de la interpretación legal –la compleja estructura de las relaciones entre palabra y acto. En el acto de la pena de muerte, la renuncia y el rechazo se hacen presentes en una medida extraordinaria para toda persona que sienta las inhibiciones normales contra la imposición de dolor y muerte” (Cover, R. Op. cit. p. 145). “Dado que en la pena de muerte la acción o el *acto* es extremo o irrevocable, la presión se centra sobre la *palabra*”. Cover entiende que en estos casos es donde se revela con mayor fuerza que en otros el “carácter agnóstico” del derecho, dado que el acusado y su abogado explotan cualquier detalle o ardid en la estructura legal que pudiera estar de su lado. Y lo hacen en grado extremo, porque se trata “de un caso de vida o muerte”. Este carácter agnóstico del derecho que menciona Robert Cover, es el contraste absoluto con *El Critón*, de Platón, donde Sócrates (en una sociedad totalitaria –diríamos nosotros– donde el individualismo no había hecho mella, no había centrado aún sus ideas en el hombre como tal) decide “respetar” la voluntad de las leyes. El individualismo (que sucede a la crisis de la Polis y a la dispersión de los pensadores políticos, retirados de la vida pública a los jardines de Epicuro, un hedonista anclado en los placeres privados) es parte de una crisis que abre las puertas de la Edad Media y que es esencial para entender este carácter “agnóstico” del derecho. El agnosticismo y el individualismo tienen una relación histórica compleja que han analizado pensadores como Alan Badiou, Nietzsche, los pragmáticos, etc.

³³ Podemos preguntarnos qué acto legal puede ser más violento que la pena de muerte. La violencia que ejerce la pena es real y es simbólica, porque le es impuesta al reo con tiempo de antelación, de forma que sufre su peso durante mucho tiempo, en la soledad de su celda.

³⁴ Cover, Robert. Op. cit. p. 115.

los jueces y funcionarios de un orden constitucional establecido es generalmente asumido como implícito en la práctica del derecho y el gobierno³⁶. En esa actividad, prosigue Corver, la violencia es tan intrínseca, se da tanto por sentada, que no necesita ser mencionada. Léase, por ejemplo, la Constitución. En ningún lado se establece, como principio general, lo obvio –que el gobierno que ella establece y regula tiene el poder de practicar violencia sobre la gente. Esta idea no necesita ser enunciada”³⁷.

La idea de este ensayo es hacer visible esa violencia. Se trata de dar ese paso. La violencia del derecho no parece muy pensada. No lo es porque la violencia legal no se pronuncia. Es “legal”. Es violencia que no parece violencia (entre otras razones, porque quienes más la padecen son los que menos voz tienen para nombrarla y definir lo que es el derecho, refugiados, pobres, inmigrantes, presos que muchas veces están encerrados, y no tienen las posibilidades de hablar). Esa violencia parece una violencia eludida. Una cosa parece la violencia y otra, muy distinta, el derecho³⁸.

En *A right to be punished*, Austin Sarat trata con ironía los argumentos de Herbert Morris. “We treat a human being as a person...” (p. 104 y ss.) que parte de la violencia para humanizar a las personas. La violencia, el poder de ser “acreedor” de un castigo (tener derecho a ser castigado) es lo que caracteriza y diferenciaría, según Morris, al ser humano. El sufrimiento lo volvería digno³⁹. La violencia pareciera ser el rasgo que caracteriza a las personas (recordemos la noción de la tragedia griega, del *pathei mathos*). El derecho, en esta interpretación sería fundamentalmente eso: violencia. Castigo. Y dolor. Sufrimiento⁴⁰.

Comentando un libro sobre la pena de muerte, (*The Decline of the Death Penalty and the Discovery of Innocence*) hace ya seis años, Austin Sarat decía que a través de la reconsideración serena (*undramatic*) de diversos actos y eventos (judiciales y políticos), y si bien los efectos de esos actos no habían sido aún establecidos, él veía que, en el comienzo del siglo veintiuno, estos actos dispersos

³⁵ Véase también White, J. B. *When words lose their Meaning*, 1984.

³⁶ Pensemos, por ejemplo, en los muchos desalojos que muchos abogados o jueces argentinos críticos acaban de ordenar, esos desalojos son “violencia”, diría Corver, ordenada por jueces que no son, muchas veces, indiferentes al dolor, que, sin embargo, sus decisiones producen (Pienso por ejemplo en el juez Daniel Rafecas, que ordenó a las fuerzas del Estado un desalojo pacífico, pero ¿qué desalojo puede ser pacífico?).

³⁷ Corver, Robert. Op. cit. p. 126 y ss.

³⁸ Cover, como Merton, se ocupa de los papeles explícitos y de los papeles latentes.

³⁹ En el fondo, la noción clave es la autonomía moral.

⁴⁰ El ejercicio de realismo en el derecho que pretende Cover parte de reformular algunas preguntas (implícitas), por ejemplo, ¿Qué es la violencia?

-y no tanto- habían puesto a los Estados Unidos en el seguro camino de la abolición⁴¹ (de la pena de muerte).

Este libro, *Mercy on trial*, quiere formar parte de esa línea o camino. Quiere formar parte -o más bien empezar a formar parte- más de la “historia” que del “presente” del sistema penal de los Estados Unidos. Quiere hacer historia, convertir en historia, narrar como forma de empezar a dejar en el pasado la historia de las ejecuciones capitales. Y también tratar de ver los motivos y argumentaciones que han encontrado los gobernadores para detener una ejecución. Este es el primer paso. Ver cuáles son los argumentos o dudas o temores o sospechas de que se han valido los funcionarios tradicionalmente para detener una muerte “legal” (o legalizada). Este es el mundo que el autor interroga: el mundo de la clemencia. El contraste de esta clemencia lo da, como decíamos con Cover, la misma violencia del acto legal “justo”.

Como vimos, el libro de Austin Sarat parte de un hecho preciso, simbólico, que le otorga esperanzas, la conmutación de la pena capital a 167 prisioneros del Estado de Illinois, hecha por su gobernador, George Ryan, un republicano, el 11 de Enero de 2003. Esta decisión sorpresiva es aún más simbólica porque parte de un político que había defendido, en varias ocasiones, como vimos, la pena de muerte para delitos “horrendos”.⁴²

Decíamos que una cosa es la clemencia y otra, muy distinta, es la compasión. Austin Sarat sigue a Cover en su crítica de la suspensión. Sarat como Cover pretenden desnudar todas esas instancias violentas del derecho que no son percibidas como violencia porque están, como vimos, muy incorporadas, naturalizadas, “legalizadas”. Cover da una vuelta más cuando dice que la suspensión también es un acto violento. Esta violencia legal, Cover la llama dramatismo, es la que desnuda, a través de la suspensión, sus críticas al derecho. Cover se interesa muy especialmente por la “suspensión” de una condena a muerte. Le interesa todo el drama que se abre a partir de esa suspensión: la disposición de los guardias, carceleros, médicos, todos listos para matar a una persona. También Sarat llega a ver aquí problemas como la confirmación de la autoridad, la clemencia como violentando la igualdad ante la ley. Cover, sin embargo, agrega otra dimensión. Nos dice “En resumen, es la suspensión, el drama de la posibilidad de la suspensión, lo que torna la ejecución en violencia

⁴¹ “The Decline of the Death Penalty and the Discovery of Innocence provides an important complement to research on that kind of decision making. Its analysis is sophisticated and careful. Its findings are generally quite compelling. In the end, it helps us understand how America has come to a period of national reconsideration of capital punishment through a cumulating, and often undramatic, set of actions and events whose effects could not have been predicted but which at the start of the twenty-first century have put the United States on the road to abolition.” Sarat cita al senador Russ Feingold (senador por Wisconsin) quien dice: “The continued use of the death penalty demeans us. It is at odds with our best traditions.”

⁴² Para una crítica de la idea de la repugnancia, puede verse Nussbaum, Martha. *El ocultamiento de lo humano*. Katz. Buenos Aires, 2006. Cap. 2. La repugnancia y nuestro cuerpo animal.

constitucional, lo que hace que el acto se convierta en acto de interpretación”.⁴³ La vida de una persona se encuentra, así, en una cuerda vacilante, floja. Depende de un solo acto gris, interpretativo. Como para Sarat, a Cover le interesa el costado más simbólico de la “suspensión”.⁴⁴ La suspensión, dice Cover, el drama de la posibilidad de suspensión...” es el que abre otros nuevos interrogantes: la clemencia como un acto arbitrario, “arrogante” (dice Sarat), violentando la igualdad. Cover se pregunta ¿Qué es lo que nos está diciendo esta suspensión? ¿Que revela esta “suspensión”? La suspensión abre el “drama” de las interpretaciones (Foucault diría: el dejar morir...). Sobre todo cuando “los jueces están a la vez inextricablemente separados de y conectados con los actos que ellos autorizan”.⁴⁵ El positivismo lo sabía bien, por eso defendía, del juez, una visión mecánica⁴⁶. Cierta indolencia se puede colar en sus interpretaciones. Cierta olvido, cierta ligereza, cierta indiferencia interpretativa puede acabar con la vida de una persona. Tal vez por eso en la conclusión Cover habla de -y trata de llamar la atención sobre- la “devastadora realidad del dolor”⁴⁷.

Lo que destaca al libro es que el autor no se centra en la culpa o la inocencia de los detenidos, no centra su análisis en el tipo de delitos que aquellos cometen, no trata de diferenciar los delitos “más horribles” de los delitos que no nos repugnan tanto. Sarat, como advierten sus críticos, no entra en ese análisis, por el contrario, el autor invierte o cambia el ángulo de análisis, trata de centrar mejor el debate: se centra en una historia de la clemencia, es decir, una historia contada desde los cuartos mismos del poder, no desde el no poder de los reos asustados o resignados que esperan fatalmente la muerte, no se ven las penas de muerte desde allí, sino desde el poder mismo, desde los gobernadores, los políticos, los funcionarios, desde las instancias desde las cuales se decide, en todo caso, la decisión última –aunque a veces no menos arbitraria- de perdonar a una persona.

Joseph **De Maistre** escribió, hace varios siglos, como reacción a la revolución francesa y a sus ideas liberales e igualitarias, un texto famoso: *La Exaltación del Verdugo*. Leyendo el texto de Austin Sarat, la forma en que muchas personas aún defienden la pena de muerte, la crueldad y la extrema

⁴³ Cover, R. Op. Cit. 145.

⁴⁴ El ensayista alemán Hans Blumenberg entiende que toda interpretación es violenta. Como Nietzsche (en *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*), Blumenberg diseña una teoría de la inconceptualidad, una metaforología, que es, como la cadena de validaciones del derecho, una regresión sin límites, una caída en el plano del significado. Según Derrida esta caída al infinito se corta por un gesto metafísico trascendental. Significado y “validez”, como vemos, se cruzan.

⁴⁵ Cover, R. Op.cit. p. 152

⁴⁶ Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho. Buenos Aires. Eudeba. 1999.

⁴⁷ Cover, R. Op. cit. p. 156. Conclusión.

soledad en que mueren estos reos⁴⁸, tenemos la impresión penosa de que hoy, aún en pleno siglo XXI, muchas personas hacen, consciente o inconscientemente, aquella exaltación: la exaltación del verdugo. Después de todo, como afirma Robert Cover en la conclusión de su libro (editado por Sarat) “entre la idea y la realidad del significado en común cae la sombra de la violencia” del mismo derecho (p. 156), y esto es de la mayor importancia, “ya que el autor y la víctima de la violencia organizada (y esto sería el derecho, sólo una mera violencia organizada) experimentarán situaciones significativas dolorosamente dispares”.⁴⁹

“Si pretendía emitir juicios sobre la ejecución o trataba directamente de obstaculizarla, podían decirle: “Eres un extranjero, no te metas.”

(Kafka, La colonia penitenciaria⁵⁰)

⁴⁸ No me animo a llamarlos “personas” porque muchos ni siquiera los ven así, se los ve como “enemigos” de la sociedad, como “criminales”, incluso como no personas (Jackobs) como si hubiera una naturaleza del ser criminal.

⁴⁹ Cover, R. Op. cit. 156.

⁵⁰ La historia de las ejecuciones penales puebla la literatura, Meusault, el extranjero de Albert Camus, J. K, el personaje del proceso de Kafka, y tantos otros, que intentan mostrar, en ambos casos (Kafka, Camus) los modos absurdos en que los Estados procesan, enjuician, matan, y condenan. En ambos casos, que terminan en penas de muerte, los procesos se destacan por su incoherencia, su flexibilidad probatoria, su absurdidad. El Derecho mismo es mostrado como un fenómeno absurdo. (típico de la literatura existencialista, véase, por ejemplo, de Camus, *La Celda*) El derecho es presentado como un mundo sin leyes reales o serias más que las puras arbitrariedades de un juez. (Véase Cover, R. **Derecho, Narración y Violencia**. Ed. Gedisa. Barcelona. 2002. II. La Violencia y la Palabra, p. 122 y ss.)