

Reflexiones sobre el texto “La ciudad y el poeta”¹

Leonardo Pitlevnik

1. Introducción

En este trabajo me propongo desarrollar algunos temas en torno a la relación entre derecho y literatura a partir del texto “La ciudad y el poeta”, de Kenji Yoshino, publicado en *The Yale Law Journal* vol. 114 y traducido en este volumen.

En dicho texto, el autor pone de resalto la conflictiva relación que existe entre ambos discursos y toma como uno de los ejemplos iniciales y paradigmáticos de dicho conflicto a la visión negativa que Platón tenía sobre la poesía. Luego de un profundo análisis de los textos del filósofo griego, Yoshino traza un paralelo entre el pensamiento platónico y el modelo de análisis mediante el cual la Corte de los EEUU decidió el rechazo de las *declaraciones sobre el impacto en la víctima* (desde ahora, DIV).² Las razones por las que el discípulo de Sócrates rechaza la poesía serían las mismas que las utilizadas por la Corte para rechazar las DIV.

En el parágrafo 2, explicaré por qué, aunque se haya tomado muchas veces a Platón como un ejemplo de incompatibilidad entre polis (o derecho) y poesía (o literatura), la condición poética de sus diálogos se convierte en la cabal demostración de su imposibilidad de desembarazarse del discurso que pretende expulsar.

Luego, siempre tomando como punto de partida el trabajo de Yoshino, dedicaré el parágrafo 3 a describir las DIV, categoría inexistente en el derecho argentino. Debido a su permanente cita en la doctrina norteamericana reseñaré los fallos dictados al respecto por la corte de ese país y expondré cuáles han sido los motivos a favor y en contra de su admisión señalados por los jueces y por la doctrina.

Analizados el modelo platónico y los caracteres de las DIV, en los párrafos 4, 5 y 6 describiré la difícil relación entre la racionalidad de una decisión judicial y los discursos con alto contenido emotivo que intervienen en el proceso que lleva a esa decisión. Expondré, además, de qué manera dicha relación se vuelve compleja a la luz de ciertas justificaciones de la pena.

Luego intentaré establecer un diálogo entre el texto del profesor de Yale y el libro “Tiempo pasado” de Beatriz Sarlo³ en el cual se analiza la relación entre memoria subjetiva y narración histórica. Ello me permitirá reevaluar, en el final del trabajo, la idea de que un discurso literario sea exclusivamente emotivo y desprovisto de toda racionalidad, concepción que parece haber llevado, a mi criterio, a la equivocada idea de su absoluta incompatibilidad con el mundo del derecho.

1. Agradezco a Julieta Di Corleto, Jaime Malamud Goti y Juan González Bertomeu su lectura crítica de la versión inicial del presente texto.

2. El autor extiende su análisis comparativo a las narraciones autobiográficas en el ámbito académico, punto sobre el que no ingresaré en el presente trabajo.

3. El título completo es *Tiempo pasado. Cultura de la memoria y giro subjetivo. Una discusión*, Ed. Siglo XXI, Bs. As., 2005.

2. Platón, los poetas y la *polis*

Entiende Yoshino que el criterio conforme el cual la corte estadounidense rechazó la inclusión de los VIS en los fallos Booth y Payne⁴ por su carácter seductor, falso e irracional, es similar a las razones expuestas por Platón en su rechazo de la poesía. Para llegar a tal conclusión, analiza los textos platónicos en los que se expone con mayor claridad la actitud de ese autor hacia un discurso poético (especialmente el Ion, los libros II y X de La República y Las Leyes) al cual el filósofo califica de falso, irracional, seductor y alejado de la verdad debido a su condición mimética o imitativa.

Según Yoshino, una nueva lectura del pensamiento del discípulo de Sócrates permitiría correrlo de una posición exclusivamente expulsiva de la poesía y reconocer un vínculo con ella que hasta ahora habría sido menospreciado. Esta nueva lectura pondría en evidencia el reconocimiento de Platón hacia las virtudes del discurso poético y pondría en tela de juicio el peso que siempre se ha asignado a uno de los modelos clásicos del conflicto entre derecho y literatura.

Yoshino desarrolla lo que denomina el paradigma platónico en tres postulados: 1) no debe permitirse que la poesía entre en conflicto con las funciones esenciales del Estado; 2) la poesía no puede evadir responsabilidades con relación a esas funciones sobre la base de su imposible erradicación; 3) la poesía solamente puede ingresar a la *polis* demostrando que no entra en conflicto con las funciones estatales esenciales. Esta demostración importa, forzosamente, un reconocimiento de las virtudes poéticas; lo cual, según Yoshino, aunque haya sido poco profundizado por el propio Platón, pone en evidencia el reconocimiento y la afirmación de las cualidades poéticas.

La postura contraria a la aceptación de la poesía en la *polis* de parte de Platón ha sido largamente discutida y aparece profundamente analizada en el artículo cuya traducción se publica en esta misma revista. Platón despreciaba el carácter imitativo o mimético del discurso poético, al que consideraba falso, irracional y seductor.

Lo cierto es que las duras afirmaciones “anti-poéticas” del filósofo se vuelven problemáticas por la condición poética del lenguaje en que son formuladas. El propio Yoshino acepta este extremo y alude a las numerosas citas que el discípulo de Sócrates hace de Homero, su utilización de los mitos, las alegorías y las fábulas e incluso a la circunstancia de que su pensamiento aparezca en la gran mayoría de los casos articulado en diálogos protagonizados por Sócrates, creando así una suerte de ficción en la que uno habla por boca del otro.

En cuanto a la utilización de fábulas, mitos o alegorías, Yoshino sostiene que en el caso de Platón son anti-trágicas, pues dentro de su esquema funcionaban en el puro y cristalino teatro del intelecto, “apelando más a las razones que a las emociones”, todo lo cual las mantendría a salvo de los defectos propios de la poesía.

Esta diferenciación entre razones y emociones parece querer afirmar que la obra platónica es capaz de soportar la exclusión del material poético sin perder fuerza argumental. Basta leer *El Banquete*, sin embargo, para constatar que no es fácil pensar al texto como

4. Ambos casos se analizarán más adelante.

un conjunto de imágenes instrumentales o recursos estilísticos utilizados para conocer una realidad cuyo peso es independiente de la estética de su presentación.

Debe tenerse en cuenta que no nos encontramos ante un autor que utiliza excepcionalmente recursos literarios para explicar o clarificar algún concepto. Por el contrario, sus textos se hallan tan empapados de expresiones poéticas, fábulas, alegorías y ficciones, que la regla resulta incumplida por quien la sostiene.

Pero no es sólo la utilización del mito lo que permite afirmar la condición poética de Platón. Como quedara dicho, basta advertir que la gran mayoría de sus diálogos han sido escritos bajo la máscara de Sócrates; esto es, una imitación dentro de otra imitación en la que Platón finge ser Sócrates, quien dice aquello que Platón sostiene. El juego de imitaciones es potenciado de manera que los espejos reflejan imágenes cuya autenticidad es difícil descubrir.⁵

En su crítica a los poetas, el filósofo menciona que "todo imitador no tiene sino un conocimiento muy superficial de lo que imita, que la imitación es un puro entretenimiento sin seriedad alguna, y que los que se dedican a la poesía trágica... son tan imitadores como es posible serlo" y que "la imitación, vil de suyo y en relación con una parte vil, sólo puede engendrar cosas viles".⁶ En el *Ion*, Platón se pregunta cómo podemos saber mejor qué es un sillón. ¿Por lo que dice el rapsoda o lo que dice un constructor de sillones? ¿No es un rapsoda imitador de imitadores?

El mismo argumento puede volverse contra el filósofo. ¿Cómo podemos saber a ciencia cierta lo que dijo Sócrates si siempre lo conocemos por boca de otro? A veces incluso por lo que otros relatan con relación a un tercero (es decir, cadenas de personas que imitan lo que otros han dicho). En el inicio de *El Banquete*, Platón escribe que Apolodoro cuenta aquello que había antes narrado a un tercero, lo que a su vez sería lo que el mismo Apolodoro había escuchado de "un cierto Aristodemo" que estuvo presente cuando Sócrates protagonizó un diálogo durante un banquete ocurrido hace más de tres años.

El valor poético de los textos de Platón no es una novedad. Refiere Carpio que "si se debiera señalar otra actividad en la cual alcanza idéntica genialidad a la que logra en el campo filosófico, es preciso decir en seguida que Platón fue uno de los más grandes artistas de la palabra, uno de los escritores más grandes de todos los tiempos, un genio literario con el que muy pocos pueden compararse; de modo tal que en definitiva no se sabe a quién admirar más, si al filósofo o al artista, por la riqueza imaginativa, la multiplicidad de recursos a que hecha mano, el dominio de la lengua y la capacidad soberana para alcanzar las máximas posibilidades expresivas de la belleza y la flexibilidad de la prosa griega".⁷

5. "Imposible precisar en qué medida las ideas que le atribuye Platón corresponden a su propio pensamiento" dice Luis Farré, en su introducción a PLATÓN, *República* (trad. por Antonio Camarero), Eudeba, Bs. As. 2006, p. 29.

6. PLATÓN, *República*, cit. pp. 592 y 594. Menciona Joseph Pieper que Platón critica al poeta que venera. El autor alemán refiere la tendencia de los filósofos anteriores como Jenófanes y Heráclito que también criticaban a Homero, pues "la crítica a la doctrina homérica de los dioses constituye uno de los elementos de la doctrina de los filósofos varios siglos antes ya de Platón" (PIEPER, Joseph, *Sobre los mitos platónicos*, Herder (trad. C. Gancho), Barcelona, 1998, p. 65). En similar sentido, Luis Farré, en su estudio preliminar a *República*, cita a Heráclito al decir: "Homero debería ser suprimido de los certámenes y azotado" (FARRÉ, Luis, *Introducción a República*, cit., p. 100).

7. CARPIO, Adolfo, *Principios de Filosofía*, Ed. Glauco, Bs. As., 1998, p. 79.

Para Auerbach, Platón “traspuso el abismo entre poesía y filosofía, ya que, en su obra la apariencia, despreciada por sus predecesores eleáticos y sofistas, se convirtió en una imagen refleja de la perfección”. Platón “comprendió el arte de la mimesis más profundamente y lo practicó de manera más consumada que cualquier otro griego de su tiempo”. Señala Auerbach que, con excepción de Homero, ningún otro poeta de la antigüedad clásica tuvo una influencia superior a la suya.⁸

Castoriadis señala que Platón juega con aquello que él mismo denuncia, atacando a los retóricos con procedimientos retóricos y abrumando a los sofistas siendo él mismo “un sofista incomparable”.⁹ Lo mismo podría decirse aquí con relación a los poetas.

Tan antigua es esta asociación de Platón con el arte poético que Aristóteles alude a la posibilidad de asignar dicho carácter a los textos escritos por aquél. Se ha dicho que en “la inclusión de los diálogos platónicos dentro de la mimesis hay, de parte de Aristóteles, una sutil ironía hacia su maestro, que había expulsado a los poetas de su Estado ideal justamente por ser *mimetaí* imitadores”.¹⁰

Platón afirmaba la necesidad de erradicar aquello que se había vuelto para él inerradicable. Su discípulo, en cambio, prefirió no afirmar el carácter irracional, seductor y falso de los discursos poéticos dentro de los cuales incluyó al pensamiento de su maestro. Lo erróneo puede ser adecuado a los fines perseguidos por la narración, señala Aristóteles, de manera que es poco relevante que el artista pinte a una cierva con cuernos o narre la persecución de Héctor en términos que la hagan imposible.¹¹

Quizás la severidad con que Platón trata a la poesía es consecuencia, justamente, de su imposibilidad para desembarazarse de ella. Como bien menciona Yoshino, el protagonista de los libros platónicos (no obstante su posición expulsiva) expresa también su amor y su admiración hacia los poetas, a quienes a pesar de echar de la ciudad también consideraba sagrados, maravillosos y deleitables. Refiere Yoshino que el propio Platón habría abandonado una promisoría carrera de poeta trágico antes de dedicarse a la filosofía. Sus

8. Dice más adelante que “es erróneo, y por otra parte imposible, ver a la poesía de Platón como una especie de subterfugio o artificio del cual debamos librarnos con el fin de llegar al verdadero sentido de su pensamiento”. AUERBACH, Erich, *Diario de Poesía*, Nro. 47, primavera de 1998, p. 28. (“La idea del hombre en la literatura”, de Erich Auerbach, trad. de R. Ibarlucía y V. Joubert, extraído del libro “Dante, poeta del mundo secular”). Yoshino refiere que Sidney marcaba que aunque la fuerza y el material de su discurso es filosófico, la piel que lo recibe y su belleza depende de la poesía, y que Shelley refería que Platón era esencialmente un poeta.

9. CASTORIADIS, Cornelius, *Sobre El Político de Platón* (Trad. Horacio Pons), Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2003, p. 20.

10. La mención es de SINNOT, Eduardo (con cita de Rostagni), en ARISTÓTELES, *Poética*, Colihue, Bs. As., 2004, pp. 8/9.

11. ARISTÓTELES, *Poética* (trad. de Eduardo Sinnott), cit., p. 194. Conforme refiere Sinnott, se considera que en el capítulo XXV de su *Poética*, Aristóteles contesta a las críticas que Platón dirige a la poesía en los libros II, III y X de *La República*. Allí trata, entre otras cosas, las cuestiones relativas a si la poesía debe mostrar el mundo como es o como debe ser. Afirma que al artista no se le debe exigir el conocimiento de aquello de lo que habla, como pretende Platón. El propio Platón fue objeto de críticas en cuanto a la verdad histórica de sus expresiones. Se menciona, por ejemplo, la inclusión en un diálogo de personas que cronológicamente nunca pudieron haber estado juntas (ver FARRÉ, Luis, cit., p. 29, quien relativiza el cuestionamiento pues señala que basta con que los personajes mencionados hayan tenido la actitud que Platón describe).

diatribas de converso son quizás intentos frustrados de quien no puede dejar de ser quien es.¹² De esta manera, el propio filósofo produce el mejor argumento para afirmar la imposibilidad de erradicar al discurso poético.

3. Declaraciones sobre el impacto en la víctima

El trabajo de Yoshino traza un paralelo entre el rechazo platónico a la poesía y la jurisprudencia de la Corte estadounidense con relación a las DIV. Corresponde, entonces, adentrarse en el significado de este instituto.

Se entiende por DIV a las declaraciones orales o escritas que dan cuenta del impacto que el crimen ha tenido en la víctima y en sus familiares. Su objetivo principal es señalar a la corte o el jurado el costo humano del delito y brindar a la víctima la posibilidad de participar en el proceso. Su utilización depende de la regulación estadual y federal. Aparecen principalmente en la etapa del juicio destinada a la fijación de pena, aunque en algunos estados también son utilizadas en las decisiones sobre libertad condicional, en el trámite del *plea bargaining* (negociación de la pena entre fiscal y defensor), fijaciones de caución, audiencias de preparación del debate, e incluso para cualquiera de las decisiones que puedan tener lugar en un juicio. Algunos estados permiten a la víctima expresar su opinión acerca de la pena que creen adecuada al caso.¹³

La jurisprudencia de la corte se ha centrado exclusivamente en su valoración en la fase del juicio (*sentencing*), que es aquella en la que el jurado debe evaluar la aplicación de la pena de muerte a quien ya ha sido declarado culpable.

La información proveída por las DIV consiste, en primer lugar, en las declaraciones acerca de las características personales de las víctimas y el impacto emocional producido por el crimen en sus familiares sobrevivientes y en la comunidad. En segundo lugar, abarca las opiniones que los miembros de esa familia tienen del autor del hecho, del crimen que ha cometido y de la pena que debería aplicársele.

Reseñaré a continuación los fallos en los que la corte norteamericana se ha pronunciado sobre el particular. En los dos primeros rechazó la utilización de las DIV, mientras que en el tercero modificó su criterio, admitiendo su ingreso (aparentemente en forma parcial) a la etapa del juicio antes mencionada.

El primero de ellos es *Booth*, del año 1987. El hecho fue descrito de la siguiente manera: John Booth y Willie Reid ingresaron al hogar del matrimonio formado por Irvin y Rose Bronstein, de 78 y 75 años de edad, con el aparente propósito de apoderarse de dinero a fin de comprar heroína. Booth era vecino de los moradores de la vivienda y sabía que podrían identificarlo. Es por ello que los ató, los amordazó y luego los apuñaló en el pecho con un cuchillo de cocina. Sus cuerpos fueron hallados por uno de sus hijos dos días más tarde dentro de la casa.

12. Indicativo de ello es la circunstancia de que el libro X de *La República*, en el que se desarrolla la argumentación más fuerte contra la poesía, se cierra con la fábula de Er. Luego de haber intentado expulsar a la poesía, la recurrencia a una ficción poética para cerrar el libro convierte a Platón en su propio contradictor, como si él mismo fuese Anístenes y Zenón, el primero poniéndose a caminar alrededor del segundo, para demostrar sin palabras la existencia del movimiento que Zenón cuestionaba en términos teóricos.

13. Fuente: The National Center for Victims of Crime, <http://www.ncvc.org/ncvc/Main.aspx>

En *Gathers*, dos años más tarde, se discutió el alcance de una información similar a la de las DIV, aunque en este caso no se trató de las declaraciones de familiares sino de comentarios del fiscal sobre las características personales de la víctima. El hecho había quedado probado de la siguiente manera: Demetrius Gathers y tres sujetos que lo acompañaban encontraron a un extraño, Haynes, en un banco en el parque. Lo golpearon y patearon con violencia y le rompieron una botella en la cabeza. Gathers también golpeó a Haynes con un paraguas que luego le introdujo por el ano. Abandonó la escena para volver más tarde y clavarle un cuchillo. Haynes era una persona sin hogar, con antecedentes de internaciones psiquiátricas y que se hacía llamar “reverendo”. El Fiscal lo había descrito como un hombre de fe, se refirió a él como “el reverendo Haynes” durante el juicio y lo calificó como una “persona preocupada por la vida de la comunidad” a raíz del hallazgo entre sus ropas de un carnet de votación.

En 1991 se dictó *Payne*, el último fallo de la trilogía. El hecho ocurrió en el domicilio de la víctima, Charisse Christopher, quien luego de haberse resistido a los intentos de Payne de mantener relaciones sexuales con ella, fue apuñalada 41 veces con un cuchillo de carnicero. Christopher murió desangrada, su hija de dos años fue muerta con diversas heridas realizadas con el mismo cuchillo y Nicolás, el hijo de tres años, sobrevivió a pesar de varias cuchilladas que atravesaron su cuerpo.

Cabe una aclaración: en *Payne*, el fallo que modifica el criterio sostenido en los dos primeros, sólo se admitieron aquellas declaraciones que dieran cuenta de las características de la víctima y el dolor provocado por la pérdida, pero nada se dijo acerca de las opiniones que los miembros de la familia de la víctima pudiesen tener del hecho, de su autor o de la pena que debiera corresponder.¹⁴ Es por ello que el cambio de la jurisprudencia introducido por *Payne* no alcanza a la prohibición fijada en *Booth* con relación a los supuestos que no fueron materia de estudio en el último caso.

A continuación expondré los argumentos que en los fallos referidos y en la profusa doctrina surgida a raíz de ellos se han esgrimido a favor (a) y en contra (b) de la inclusión de las DIV en la etapa del juicio en la cual se decide la aplicación de la pena de muerte:

a) Nada obsta a la introducción de la información aportada por las DIV como elemento de juicio para resolver la aplicación de la pena de muerte.

14. Los magistrados votantes en *Payne* expresamente refieren que su decisión no alcanza a la mencionada información. Conf. GREENBERG, Joshua, *Is Payne Defensible?: The constitutionality of Admitting Victim-Impact Evidence at Capital Sentencing Hearings*, Indiana Law Journal, 2000, vol. 75:1355.

A pesar de ello, las declaraciones en *Payne* incluían tópicos que parecen corresponderse con los que siguen excluidos por la doctrina de *Booth*. El jurado escuchó decir al Fiscal en su alegato a favor de la pena de muerte que, a pesar de que nada podían hacer por los muertos, sí podían hacerlo respecto del niño que sobrevivió a la muerte de su madre y de su hermana. Mencionó en su alegato (y esto es recogido por la sentencia) que cuando el niño creciera, querría saber qué había sucedido, y qué tipo de justicia se había hecho. “Con vuestro veredicto, ustedes le darán la respuesta”, había dicho el acusador. Obviamente, hablaba de cuál entendía que debía ser la pena que satisfacía al hijo sobreviviente. Señala John Blume en *Ten years of Payne: victim impact evidence in capital cases* (88 CNLLR, pag. 269 y 271, enero de 2003) que a pesar de quedar claro que las opiniones sobre la pena que podría corresponder al acusado no fue modificado por *Payne*, algunas cortes estatales aceptan este tipo de evidencia. Lo mismo surge de la fuente citada en la nota 13.

Tan válido es escuchar la historia de vida y las características personales del acusado, como admitir el relato de las características y la vida de la víctima. Nada habilita a permitir el desfile de numerosos testigos dispuestos a declarar en favor del acusado, pero al mismo tiempo impedir que sean escuchados quienes pueden testimoniar acerca de la calidad humana de los damnificados.

El ingreso al juicio de las DIV ha venido a revertir la ausencia de la víctima durante el proceso y ha logrado que su voz pueda ser finalmente oída.¹⁵

La evidencia destinada a describir a la víctima permite percibirla en su condición de ser humano único y, de esta manera, comprender acabadamente el significado de su pérdida. Las DIV no inflaman al jurado de prejuicios y emociones irracionales sino que simplemente permiten apreciar en su real crudeza lo que implica, por ejemplo, un asesinato y todas las ramificaciones dolorosas que provoca.¹⁶

No existe razón *a priori* para excluir a las DIV del juicio y, en todo caso, si en un supuesto determinado, los elementos aportados atentaran contra una correcta apreciación de lo sucedido o desviarán inapropiadamente el objeto del juicio, bastaría la garantía de debido proceso para permitir su exclusión.

El hecho de que las DIV sean difícilmente rebatibles por su contenido emotivo es una circunstancia que puede alcanzar a otras pruebas cuya inclusión en el juicio nunca se ha cuestionado. Como ocurre con todo elemento de difícil refutación, dicha característica no es argumento suficiente para excluirlos del debate. Las secuelas dejadas en la familia y las circunstancias particulares de la víctima deben ser comprendidas dentro del daño infligido por el acusado, en función del cual se le debe fijar la pena que corresponda.

Resulta irrelevante argumentar que el acusado no sabía cuánto dolor provocaría, pues aunque no conociera a la víctima, es previsible para cualquiera que comete un homicidio la existencia de un grupo de allegados o familiares a quienes esa muerte les provoca un daño irreparable. Más aún, puede resultar imposible no hacer alusión a las circunstancias personales de la víctima o de su familia a lo largo del debate, pues se trata de elementos que, en muchos casos, surgen inevitablemente en las descripciones de los hechos que se juzgan. En esos supuestos nada puede hacerse contra la inclusión de la prueba cuestionada.

La circunstancia de que el dolor de los familiares pueda articularse de mejor o peor manera y la consecuencia de que ello pueda incidir en la decisión de la pena a cumplir no es un argumento definitorio para rechazar las DIV. Lo mismo ocurre con las declaraciones relacionadas con las condiciones personales del imputado producidas con la finalidad de favorecerlo. En esos casos, cada familiar, amigo o el propio condenado pueden presentar habilidades distintas para mostrarse ante el jurado o el juez, y provocar de esa manera que la condena a muerte dependa exclusivamente de cuánto puedan cautivar o "inflamar" a quien debe decidir. Basta con imaginar el caso de quien se exprese tan mal o tan inverosímilmente que pueda terminar provocando el efecto contrario al que desea.¹⁷

15. Entre otros, TWIST, Steven J., *The crime victims' rights amendment and two good and perfect things*, 1999 UTLR 369.

16. Conf. CASSELL, Paul G., en *Barbarians at the gates? A reply to the critics of the victims' rights amendment*, en 1999 UTLR 490.

17. CASSEL, cit. p. 494.

Se ha sostenido, también, que la participación de las víctimas promueve su cooperación con la persecución penal y agiliza el sistema de enjuiciamiento.¹⁸ No se ha demostrado hasta ahora que su intervención implique efectivamente una mayor probabilidad de agravamiento de las penas impuestas. Además, aunque ello se probara, no indicaría que el jurado se ha visto bloqueado por un discurso emotivo sino que ha tenido una visión más acabada del horror del delito enjuiciado.¹⁹

Se ha considerado también que más allá de las opiniones a favor o en contra de las DIV, es competencia estadual decidir si ese tipo de evidencia puede ser incluida en el juicio, pues cada Estado debe fijar los medios de prueba que considere adecuados en el debate para habilitar la fijación de la pena que corresponda por el hecho cometido.²⁰

b) La especial calidad de la pena de muerte impide la utilización de las DIV como antecedente de la decisión. Sólo la responsabilidad personal, las características del hecho y la culpabilidad del autor deben ser los parámetros que –en caso de que ese castigo pueda ser considerado legítimo- justifiquen la pena capital. Las DIV se alimentan de emociones humanas, como la pasión o la venganza, ambas ajenas a la responsabilidad del autor.²¹ El sufrimiento de los familiares o las calidades personales del fallecido son elementos ignorados por el autor, que en la mayoría de los casos desconoce el entorno de la víctima.

Por su carácter emotivo, las DIV obstaculizan una resolución racional y permiten decisiones arbitrarias basadas en el capricho y la emoción. El dolor que la familia pueda articular en el juicio nada tiene que ver con las finalidades de la pena.²² Por otra parte, la admisión de las DIV lleva a las familias a verse compelidas a mostrar el mayor dolor posible para lograr la pena máxima. En la práctica, los fiscales terminan llevando a juicio los casos en los que encuentran parientes que logren transmitir mejor su sufrimiento, pues de esa manera obtienen más fácilmente la pena capital, y recurren en los otros supuestos al *plea bargaining*.²³

Por diferentes razones que son acentuadas por las DIV, los jurados tienden a condenar a la pena máxima cuando se trata de víctimas de raza blanca, e imputados de raza negra.²⁴ Entre esas razones están: la composición del jurado a partir de la selección de las listas para conformarlo, la facultad de excluir como miembro del jurado, incluso en la fase del proceso destinada a resolver la culpabilidad, a quien se encuentra contra la pena de muerte.²⁵ Los jurados suelen tener una mayor empatía con las víctimas que con los imputados, generalmente

18. GREENBERG, cit., p. 1380, nota 163.

19. CASSEL, cit., p. 493.

20. Señala Rhodes que esta posición importa una renuncia de la corte federal a cumplir su función de intérprete de la constitución (RHODES, Cecil A., *The victim impact statement and capital crimes: trial by jury and death by character*, en 21 SOULR, p. 30).

21. BANDES, Susan, *Empathy, narrative, and victim impact statements*, en 63 UCHILR, p. 378.

22. Conf. BLACK, Robert, *Forgotten penological purposes: a critique of victim participation in sentencing*, en 39 Am. J. Juris., pp. 230 y ss.

23. Menciona el Jueza Stevens (en su voto en minoría en *Payne*) que los Fiscales deciden llevar hasta la sentencia de muerte un caso en el que la víctima es de raza blanca, pero aceptan un *plea bargaining* cuando es de raza negra.

24. Muchos autores coinciden en este punto, entre ellos, BLUME, cit., p. 279, BANDES, cit., p. 408.

25. Esto fue llevado sin éxito a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por considerar que se viola el derecho a ser oído por un tribunal imparcial (Resolución N° 23/89, caso 10.031, de los EEUU, del 28 de septiembre de 1989).

provenientes de sectores socioeconómicos diferentes y a los que ya la comisión del hecho criminal sitúa emocionalmente lejos de quienes deben decidir la pena a imponer.²⁶ Una vez condenado por un crimen atroz, lo más probable es que la fase destinada a determinar la pena se inicie con una corriente de empatía hacia la víctima y que el autor del hecho, cuya vida depende de la decisión del jurado, necesite de reglas destinadas a que quienes resuelven, puedan conectarse de la misma forma con él. Finalizado el debate destinado a la declaración de culpabilidad del acusado, la información proveída en la última etapa del juicio debe estar destinada exclusivamente a determinar la necesidad de imponer o no la pena de muerte.

En el proceso de decidir una pena capital, las DIV introducen o exaltan los prejuicios y los estereotipos no conscientes.²⁷ Ello, contrario a lo que pueda suponerse, no sucede solo cuando decide un jurado, sino que alcanza también a magistrados profesionales.²⁸

Las DIV violan la VII enmienda de la Constitución de los Estados Unidos conforme la cual el castigo debe ser proporcional al crimen cometido. La evaluación de las DIV en la imposición de una pena de muerte viola el principio que prohíbe penas crueles (VIII enmienda), afecta el debido proceso (XIV enmienda)²⁹ y una igual protección ante la ley (XIV enmienda), por la endeble posición en que se encuentran quienes carecen de afectos o que, teniéndolos, no sean capaces de articular su posición ante el jurado.³⁰

La especial elocuencia con la que un familiar de la víctima expresa su dolor puede desviar al jurado de la evaluación de los únicos extremos que deben ser tenidos en cuenta para decidir una sentencia de muerte. La aceptación de las DIV provoca que la decisión sea tomada a partir de la percepción de la víctima como miembro respetado o querido por su comunidad y para desvirtuarlo requiere de "mini-juicios" destinados a probar sus cualidades morales. Los abogados encargados de la defensa se ven así obligados a "ensuciar" a la víctima, cual si fuesen reporteros de un periódico amarillista.³¹ Ello puede importar un

26. BANDES, Susan, cit., p. 403.

27. BANDES, Susan, cit., p. 407 (con cita de Angela Harris).

28. Si bien se sostiene que el riesgo de las DIV es mayor cuando quien debe decidir la aplicación de la pena de muerte es un jurado lego, pues los jueces se encuentran más acostumbrados a lidiar con este tipo de cuestiones, Amy Philips cita un fallo de un juez de Texas en el cual se aprecia de qué manera los estereotipos en cuanto al mayor o menor valor de la vida de la víctima, alcanzan también a magistrados profesionales. PHILLIPS, Amy K., *Thou shalt not kill any nice people: the problem of victim impact statements in capital sentencing*, en 35 Am. Crim. L. Rev. 104.

29. Mark Stevens señala que a los efectos de salvaguardar el debido proceso, la regla 403 de las Reglas Federales en materia de prueba, postula que aunque fuere relevante, la evidencia debe ser excluida si su valor probatorio es superado por el riesgo de un prejuicio injusto, confusión de puntos a decidir, error en el jurado o provoca demoras injustificadas, pérdida de tiempo o prueba sobreabundante e innecesaria. Las DIV, señala, no pasan esta prueba ni el test de debido proceso postulado por la propia Corte en los precedentes *Matthews v. Eldredge* y *Ake v. Oklahoma*. STEVENS, Mark, *Victim impact statements considered in sentencing: constitutional concerns*, 2 Cal. Crim. L. Rev. pp. 27/28.

30. Sobre este punto particular, Joshua Greenberg expone con agudeza la diferente valoración que la Corte ha realizado cuando excluye las DIV porque agregan motivaciones irracionales como la bondad de la víctima o la identificación del jurado con la persona fallecida, pero en un conocido precedente (*Mc Klesky*), niega relevancia a las estadísticas que indicarían que la raza de homicida y víctima parecen incidir en la decisión de imponer una pena capital. GREENBERG, Joshua, cit., pp. 1362 y ss. Dicho precedente fue citado también por el Juez Stevens en la minoría de *Payne*.

31. PHILLIPS, Amy K., cit., p. 93. Señala Bandes que la introducción al debate de la calidad de las víctimas podría llevar a demostrar en el juicio la condición de traficante de drogas del muerto para mitigar la pena. BANDES, cit., p. 407.

boomerang para la familia sobreviviente, pues el defensor debe someterlos a interrogatorios destinados a poner en evidencia los costados más oscuros de los que pueda valerse.³²

Al acusado le es prácticamente imposible rebatir la evidencia proveída por las DIV pues raramente estará en condiciones de demostrar que los familiares de la persona fallecida exageran su sufrimiento, la depresión u otras dificultades producidas por el hecho.³³

La inclusión de las DIV no debe ser aceptada bajo el supuesto de una hipotética igualdad de las partes pues lo cierto es que sólo el acusado está sometido a juicio, no los damnificados. La contienda, como lo ha señalado Yoshino en su trabajo, es entre el Estado y el imputado, y no entre el imputado y la víctima.³⁴ Desde esta perspectiva el hecho de que cada víctima sea un ser único es una obviedad que no requiere ser alegada y cuando ello es traído al juicio, solo puede indicar que se pretende diferenciar la protección de la ley de acuerdo con la calidad de cada persona.

Si bien es cierto que hay pruebas destinadas a acreditar el hecho que pueden tener que ver con la calidad de la víctima y, por lo tanto, no deben ser excluidas de la prueba de lo ocurrido, sí deben serlo cuando son aportadas exclusivamente para decidir la imposición de la pena máxima en la etapa de “*sentencing*”.

La aceptación de la tesis de la mayoría en *Payne* es un efecto de la presión de una sociedad, influenciada por el poderoso movimiento de “derechos de las víctimas”, que aboga por mayor cantidad y severidad de las penas.

En la práctica, las DIV han extendido desmedidamente el concepto de víctima, proyectando este calificativo más allá del directamente implicado para incluir a los familiares cercanos o a sus afectos más próximos e, incluso, a la comunidad en general.³⁵

No ha quedado claro a partir de la decisión mayoritaria en *Payne* cuál es el tipo de prueba que permitiría dar una rápida visión de la persona damnificada, de manera que no aparezca como un ser anónimo o sin rostro. Se han registrado casos en los que la prueba aportada supera ampliamente la mera referencia oral o escrita de un familiar cercano.³⁶

4. Poesía y derecho

De todas las argumentaciones detalladas precedentemente, aquella que ha sido tomada como eje por Yoshino para compararla con la actitud platónica hacia la poesía es la que vería en las DIV un discurso irracional, seductor, no verificable, que aparentando aportar

32. WALLACE, Megan M., *The ethical considerations of defense strategies when confronted with a victim-impact statement—give us dirty laundry?!*, en 13 TMCOOLLR, pp. 1010 y s. Blume cita casos en que los tribunales no han aceptado evidencias destinadas a probar que la víctima tenía mal carácter, o que estaba involucrada en la prostitución y la droga. BLUME, cit., nota 115.

33. Blume se pregunta cómo cuestionar a una madre cuando declara que a su hijo “lo quería todo el mundo”. BLUME, cit., p. 281.

34. PHILLIPS, Amy, cit., p. 114.

35. Rhodes menciona que lo que hasta hace unos años eran damnificados civiles fueron incluyéndose en el concepto penal de víctima. RHODES, cit., p. 22.

36. Así, las cortes han aceptado declaraciones de vecinos o amigos, se han aportado poemas escritos por la persona fallecida, fotos, videos; e incluso se ha llegado a utilizar una fotografía de un feto vestido con la ropa que habría usado cuando volviera del hospital, entendiéndose que así se mostraba “la individualidad del niño por nacer”. Conf. BLUME, cit., pp. 271/272.

elementos necesarios para una decisión racional, interfiere y entra en conflicto con una función esencial del Estado.

En el párrafo segundo del presente trabajo, expuse por qué entiendo que la manifiesta actitud platónica expulsiva hacia la poesía se frustraría en los propios términos propuestos por su autor. Esta idea conforme la cual Platón era incapaz de desprenderse de aquello que proponía expulsar, no pretende erigirse en una crítica a uno de los mayores filósofos de la historia, sino en una reflexión destinada a entender las condiciones en que tienen lugar determinados fenómenos discursivos en el presente.

Menciona atinadamente el juez White, uno de los jueces de la minoría en *Booth*, que en un debate oral existen diferentes formas de relato que podrían ser tildadas de falsas, irracionales y seductoras. Sin embargo, su exclusión se vuelve imposible sin afectar el propio sistema de enjuiciamiento. Ejemplifica con la disparidad de la fuerza persuasiva de diferentes voces dentro de un juicio: dos fiscales poseen distinto poder para convencer al jurado, los testigos no tienen la misma capacidad para comunicar los hechos.

La manera de alegar y de dirigir las preguntas, la provocación de determinadas reacciones, la presentación de alegatos involucrando emocionalmente mediante artilugios retóricos a quien deba decidir, la utilización de metáforas, comparaciones o metonimias, todo ello pone en evidencia que en el debate oral hay un peso en las características del discurso más que en su contenido, que lleva muchas veces a que triunfe no el que más sabe o más razones tiene, sino el que mejor dice.

Toda narración es portadora de algún contenido poético "inerradicable".³⁷ Esa "inerradicabilidad" es un hecho que no puede ser modificado. En lugar de pretender su exclusión parece más razonable evaluar las condiciones en las que esa presencia poética ha adquirido una intensidad tal que desdibuja aquello a cuyo servicio ese discurso debe someterse.

Ello no implica necesariamente aceptar la inclusión de las DIV como sostiene la mayoría en *Payne*, pero permite iniciar el análisis desde un punto de partida distinto de aquél que sirve de base al paradigma platónico. Si el contenido poético es inescindible de todo discurso, debemos identificar y excluir aquellos supuestos en los cuales su densidad impide al Estado alcanzar sus objetivos. Ante la imposible erradicación de determinados lenguajes, cada discurso debe ser analizado en función del contexto en el que se produce, cuál es su contenido, sus condiciones de emisión, su recepción, las circunstancias en que se realiza, por qué medio y con qué finalidad.³⁸

Las DIV son evaluadas en el contexto de un proceso en el que se decide la pena de muerte aplicable a un condenado. El juicio oral es un espacio de narraciones en conflicto,

37. Al analizar las relaciones de la poesía con otra disciplina que necesita de la palabra, como el periodismo, María Teresa Gramuglio refiere que dichas actividades parecen reunir dos funciones incompatibles del lenguaje: la función referencial por oposición a la función poética. Mencionando el modelo de Jakobson y el hecho de que en toda expresión lingüística se puede encontrar una función poética, refiere que se trata de relaciones que no son excluyentes sino de énfasis o predominios. GRAMUGLIO, María T., *Diario de poesía*, Nro. 71, Bs. As., diciembre de 2005, p. 12.

38. En las palabras exactas de Aristóteles en *Poética*: "En cuanto a si lo que alguien ha hecho o lo que ha dicho está bien o no está bien, no ha de considerarse solamente lo hecho o lo dicho en sí mismos para ver si son cosas elevadas o bajas, sino también al que actúa o dice, a quién se dirige, cuándo, por qué medio y con qué finalidad lo hace". ARISTÓTELES, *Poética*, cit., pp. 207/208.

donde las partes luchan para que su versión sea aceptada por el tribunal y aprobada por el Estado, que a partir de ese momento fijará qué es lo que debe ser tenido por verdadero.³⁹ El debate es una construcción coral cruzada por versiones contrapuestas, voces en las que los participantes difieren siempre al menos en un punto.

Nadie cuestiona hoy la circunstancia de que dentro de este conjunto de relatos hay algunas voces cuyo ingreso al juicio se encuentra vedado, que desafinan de manera intolerable con la base armónica proporcionada por la Constitución y las leyes. Ello ocurre, por ejemplo, con las declaraciones extraídas al imputado mediante el uso de la fuerza, las imputaciones penales que puedan realizarse padres e hijos con relación a hechos que afectan a terceros, o las versiones recogidas violando la intimidad del acusado.

Los relatos contenidos en las DIV presentan como particularidad su apelación directa a la emotividad, la casi imposibilidad de someter su contenido a debate y –en los casos comentados en este trabajo– su inclusión en una etapa que decide la aplicación de la pena de muerte. Esa particular emotividad de las DIV obliga a preguntarse cuál es su contenido de verdad, qué cualidades los vuelve admisibles en el escenario del debate y de qué manera son o no articulables con el tipo de relato a partir del cual se construyen las decisiones en un juicio.

5. La reparación como fundamento del castigo

Mientras entendamos que la sanción debe adecuarse exclusivamente al injusto cometido y a la culpabilidad del autor, como señalaba la mayoría en *Booth y Payne*, la interferencia de las DIV en el debate es evidente. El dolor de los familiares sobrevivientes o su voluntad vindicativa nada tienen que ver con la finalidad de la pena. Su inclusión en el proceso penal carece de fundamento.⁴⁰

La cuestión se vuelve más compleja si se reconoce, en la redignificación de la víctima, una de las finalidades del castigo, pues conforme esta idea, mediante el acto de penar, el Estado restauraría una dignidad dañada, de manera que la pena y los deseos reparadores del damnificado irían de la mano.

Cierto es que aun cuando se aceptara la inclusión de esa finalidad reparadora, ello no obligaría a incluir en el juicio preguntas como “¿qué pena le gustaría que tuviera el acusado?” o “¿cree Ud. que quien mató salvajemente a su esposa podría ser socialmente reeducable?” Pero es indudable que ambos universos se acercan de una manera que vuelve compleja la distinción.

Obsérvese lo que ocurre con la parte de las DIV más cuestionada: la exposición acerca de cuál es el castigo que la víctima cree adecuado al autor.⁴¹

39. Dice Posner que “en un juicio, el querellante y el imputado cuentan, cada uno, una historia –en realidad una traducción de sus historias *reales* o crudas, dentro de las formas retóricas y narrativas autorizadas por la ley– y los jurados eligen la que prefieren. (Si se trata de un juicio criminal y la confesión del imputado forma parte de la evidencia, nos encontramos con una historia dentro de la historia)”. POSNER, Richard, *Law and Literature*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. 346.

40. Aunque pueda aparecer repetitivo, debe recordarse que no se trata de la participación de la víctima en el proceso, sino de una especial forma de participación que articula a través de las DIV. De manera que su exclusión no es sinónimo de expulsión de la víctima.

41. Acerca de su aceptación en el proceso estadounidense, aunque haya sido rechazada en *Booth*, ver lo expuesto al inicio del parágrafo 3.

Mediante esta práctica, el Estado refuerza la validación de su respuesta punitiva. Encuentra su fuente de legitimidad en una pérdida que antes no supo o no pudo evitar y cuya exposición luego promueve. Las manifestaciones del dolor operan habilitando la puesta en funcionamiento de su castigo más extremo.⁴²

En este marco se volvería problemático el supuesto de una víctima que repudiara la pena capital y se opusiera a su aplicación. El Estado difícilmente podría responder mediante un tipo de castigo que es rechazado por el propio damnificado, quien se convertiría así en una suerte de César cuyo pulgar determina la vida o la muerte de quien ha sido declarado culpable.⁴³

La idea de una función reparadora de la pena y del derecho de la víctima al castigo se ha puesto especialmente de manifiesto en lo que hace a las violaciones a los derechos humanos del sistema interamericano.⁴⁴ En el caso *Bulacio vs. Argentina*, por ejemplo, la Corte Interamericana resolvió que "La investigación de los hechos, satisface el derecho a la verdad que tiene toda víctima. La imposición de una pena al culpable de lo sucedido... también posee un inequívoco sentido reparador para la víctima y/o sus familiares. En efecto, la violación de todo derecho humano supone una afrenta a la dignidad y respeto que merece todo ser humano como tal, por ello la aplicación de una pena a quien cometió el hecho, reestablece la dignidad y la estima de la víctima frente a sí misma y a la comunidad. Repara en alguna medida el mal que ha sufrido."

"La impunidad... impide el efecto reparador que tiene para la víctima la sanción penal. Investigación, averiguación de la verdad, castigo al culpable, acceso a la justicia, recurso judicial efectivo, son los elementos que configuran las obligaciones básicas de todo Estado ante la violación del derecho humano, para procurar su reparación y como garantía de que no se repetirá."⁴⁵

En *Caballero Delgado y Santana*, la Corte Interamericana había resuelto ya que el castigo de los responsables importaba también la reparación a la víctima. Algo similar sostuvo en *Castillo Paez*.

42. De esa manera, la ausencia del Estado en instrumentar modelos que atenúen la violencia social aparece travestida en una exagerada respuesta posterior, una sobreactuada presencia en el momento de repartir castigos. En esa instancia, el Estado se encuentra con víctimas que exigen desde el sitio indiscutible del dolor. Conforme señala Pastor en una cita de SILVA SÁNCHEZ y JEROUŠCHECK si "la sociedad no ha sido capaz de evitarle a la víctima el trauma causado por el delito, tiene, al menos en principio, una deuda frente a aquélla, consistente en el castigo del autor". PASTOR, daniel, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa de desprestigio actual de los derechos humanos*, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2005/A, p. 98.

43. Señala Blume que los familiares contrarios a la pena de muerte se ven, además, ante el dilema de ejercer su derecho a expresar su dolor en un juicio cuando saben que ello es instrumental a la búsqueda de la pena capital por parte del acusador. BLUME, cit. P. 279, Wallace menciona que un familiar de la víctima que se oponga a la pena de muerte es un excelente declarante para la defensa. Refiere un caso de estas características en que se impidió su inclusión en el juicio. WALLACE, ob. cit.

44. En sentido equivalente se pronunció la Comisión Interamericana. Para una reseña de la jurisprudencia interamericana sigo a Julieta Di Corleto en *El derecho de las víctimas al castigo a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos: Su reconocimiento en el orden internacional y sus consecuencias en el orden interno*, en LL-2004-A-702. Malamud Goti refiere entre los fines del castigo con relación a los delitos de lesa humanidad -y reflexionando incluso sobre su plausibilidad para ciertos casos de delitos comunes-, la reparación de la dignidad de la persona de la víctima. En *Terror y Justicia en la Argentina*, Ed. de la Flor, Bs. As., 2000, p. 228

45. Cf. Corte IDH, "Caso Bulacio vs. Argentina", voto del juez Ricardo Gil Lavedra, párrafo 3.

Para Daniel Pastor, se trata de una de las características propias de la tendencia que califica como “neopunitivismo” que invierte los valores de la cultura penal olvidando la prioridad de los derechos del acusado “para pasar a ceder el paso a una jurídicamente inconcebible prioridad de la víctima” a la cual sólo se la protege “castigando y haciéndolo como sea”.⁴⁶

Dice el autor citado que “esta visión neopunitivista del derecho penal de los derechos humanos se descompone en tres secuencias analíticas: la trasnochada idea de un derecho constitucional al castigo penal, un estado de ánimo irracionalmente propenso a otorgar satisfacción punitiva a la víctima y el insensato repudio absoluto de toda solución que no sea penalmente condenatoria”. Se distorsiona así el rol del derecho penal y el derecho procesal penal “en tanto que instrumentos del Estado y no de las víctimas (que a través de Estado y derecho han quedado convenientemente mediatizadas en una sociedad civilizada).”

En el caso de violaciones a los derechos humanos, la situación del Estado frente a las víctimas es mucho más compleja que en el derecho penal común. Se trata de casos extremos donde generalmente confluyen la actuación del aparato estatal, situaciones de total indefensión, hechos aberrantes, imposibilidad de acceder a protección judicial y una inveterada tradición de impunidad.

Sin embargo, más allá de que esos supuestos puedan ser pensados como excepcionales, no parece irrazonable prever el derrame de esa tendencia sobre otras áreas del derecho penal. El mismo criterio podría comenzar a esbozarse como forma de respuesta del Estado a quien cometió un asesinato, una violación, a quien atropelló al niño en la calle y luego huyó, para tomar algunos de los casos que más parecen afectar las opiniones del público.

De hecho, aún cuando puedan rastrearse causas y desarrollos diferentes, fuera del caso extraordinario del derecho penal de los derechos humanos, se ha vuelto habitual el surgimiento de reclamos grupales o individuales que aparecen como representantes de las víctimas y que han logrado un peso indiscutido. Basta pensar lo ocurrido en la Argentina con el endurecimiento del código penal a raíz de las llamadas “leyes de Blumberg”,⁴⁷ motorizadas por el reclamo del padre de un joven muerto luego de un secuestro extorsivo y que tuvieron como consecuencia descomunales aumentos de penas, la creación de nuevos tipos penales, la fijación de obstáculos legales para el acceso a la libertad condicional, entre otros efectos.

El fenómeno también ha tenido lugar en el derecho anglosajón. Refiere Robert Black que en pocos años se convirtió en un cliché afirmar que la víctima era el sujeto olvidado del sistema de justicia criminal y que el tratamiento para con ella importaba una segunda victimización. Señala el desarrollo de una fuerte tendencia destinada a enfatizar la desventajosa situación de las víctimas frente al aparato estatal.⁴⁸ Refiere además que el movimiento en pro de los derechos de las víctimas es ideológicamente ambiguo, pues

46. PASTOR, cit. p. 89.

47. Leyes 25886, 25892 y 25928.

48. BLACK, Robert, cit. p. 225. En los EEUU se ha discutido la inclusión de una nueva enmienda a la constitución que imponga los derechos de la víctima, entre los que se hallarían las DIV (a favor de esta tendencia ver: TWIST, Steven J., *The crime victims' rights amendment and two good and perfect things*, 1999, UTLR 369).

constituye simultáneamente un movimiento de derechos humanos y un movimiento a favor de la ley y el orden.⁴⁹

La preocupación se refleja también en uno de los fallos comentados. Uno de los jueces de la minoría en *Payne* lamentaba la popularidad alcanzada por la pena de muerte y la fuerza adquirida por los movimientos en pro de los derechos de las víctimas, lo que llevó a la idea de que un aumento de penas era la mejor cura para extirpar el "cáncer" del delito. Aunque muchos ciudadanos saluden contentos el fallo, decía, lo trágico es que haya sido la presión hidráulica ejercida por la opinión pública la que determinó la decisión adoptada por la mayoría. Una presión demasiado poderosa como para dejar a las DIV fuera del debate.⁵⁰

Existe una variante de reparación ligada a las DIV, que podría escindirse de la finalidad del castigo, y es aquella que valora una suerte de catarsis o recomposición en el solo hecho de que el Estado brinde un espacio para que el damnificado pueda ser oído. Las DIV serían en sí mismas reparadoras pues proveerían a las víctimas un medio para curar sus heridas y clausurar un capítulo terrible de su historia.⁵¹ Yoshino menciona a diversos autores que aluden al poder catártico y de cierre de este tipo de declaraciones.⁵²

Decía Nino, con relación a los procesos seguidos contra perpetradores de delitos de lesa humanidad, que "los juicios permiten a las víctimas de los abusos de derechos humanos recobrar el respeto por sí mismas como sujetos de derechos jurídicos". Agregaba que "lo que contribuye a restablecer su auto-respeto es el hecho de que su sufrimiento es escuchado en los juicios con respeto y empatía, que la historia verdadera recibe un reconocimiento oficial, que la naturaleza de las atrocidades se discute abierta y públicamente, y que quienes perpetraron estos actos son oficialmente condenados."⁵³

Más allá de la indispensable presencia del Estado destinada a escuchar y brindar espacios de reparación a la víctima, es dudoso que el lugar indicado sea el juicio oral, o al menos la instancia en la que se decide la pena del acusado. En las duras palabras de Robert Black, para el sistema judicial hacer justicia es más importante que administrar una terapia; el espacio simbólico del juicio no debiera ser escenario de nuevas ceremonias como lo es la alocución de la víctima.⁵⁴

La escisión, sin embargo, no deja de ser difícil. Aunque sus efectos justifiquen la exclusión de un juicio oral, es comprensible la presión destinada a que ese dolor provocado por el delito ingrese y tenga un espacio en la composición de un relato que pretende ser la

49. BLACK, Robert, cit., p. 227.

50. Voto del Juez Stevens. Muchos comentaristas acuerdan en cuanto a que la decisión de la Corte en *Payne* es un triunfo de los grupos políticos en pro de los derechos de las víctimas (BLUME, cit., p. 267); WALLACE, Megan, cit., p. 1002, RHODES, Cecil A., cit., p. 20 y ss.).

51. STEVENS, Mark, cit., p. 7.

52. Ver su *nota 295*. En el mismo sentido, ver CASSEL, cit., p. 497.

53. NIÑO, Carlos S., *Juicio al Mal Absoluto* (trad. de M. Böhmer), Emecé, Bs. As., 1997, p. 229. Se aprecia en la cita precedente de qué manera confluyen ambas finalidades: tanto el castigo como la simple escucha contienen efectos reparadores.

54. BLACK, Robert, cit., p. 230.

verdad de lo ocurrido, pues verdadero es el dolor de quien ha sobrevivido y verdadera su necesidad de reconocimiento.

Apenas podemos estar seguros de cuáles son los motivos por los que aplicamos una pena. Más aún cuando descubrimos que el carácter eminentemente emotivo de lo que es llevado al debate no puede ser mensurado por la razón y resulta imposible someterlo a una discusión cuyo objetivo es construir una narración que, además, es operativa. Es decir, cuya función es la de dar a luz un relato con pretensión de verdad destinado esencialmente a la producción de determinadas consecuencias.

Ni el jurado ni el juez intentan dar por cierto un relato con el único objeto de conocer el pasado. Su conocimiento de lo ocurrido tiene como finalidad declarar o no la culpabilidad de una persona y, en caso de llegar a la conclusión que la versión del fiscal es aquello que realmente ocurrió, imponerle un dolor. La sentencia judicial constituye un mandato para que otros hagan, sus palabras son “gatillos virtuales para la acción”.⁵⁵

6. Más acá de la pena de muerte

El elemento poético, inevitablemente presente en todo relato, debe ser reducido a su mínima expresión cuando impide apreciar el escenario con la racionalidad instrumental propia del juicio criminal.

La mayor o menor calidad personal de la víctima, su raza, su belleza física, las sonrisas con las que saluda a su vecino al salir a trabajar cada mañana con el maletín en la mano, no es lo que debe ser cargado en el platillo de la balanza que determina la vida o la muerte del acusado.⁵⁶ De otro modo, cualquier teoría que intente postular una finalidad de la pena puede darse por perdida, pues esas circunstancias nada tienen que ver con aplicar un castigo adecuado al injusto o a la culpabilidad del autor.

Señalaba Bandes que quien debe enfrentarse ante un jurado que decidirá una pena de muerte luego de haber sido hallado responsable de un crimen, no inicia la partida con las mejores cartas a su favor. La voz de quienes han muerto o fueron víctimas de su accionar ya han sido escuchadas y resta solamente resolver la sobrevivencia del condenado. En esto, ninguna otra cuestión que su persona y su acto pueden ser examinados. Decía la autora mencionada que aunque sea imposible determinarlo en muchas otras manifestaciones dentro del juicio, es aquí donde con más claridad se corre el riesgo de que los prejuicios y estereotipos no conscientes se apoderen de una decisión de mínima racionalidad. Cuando se trata de una resolución tan extrema tomada por el Estado como lo es la de matar, éste tiene el deber de neutralizar todo riesgo de que fundamentos irracionales determinen una ejecución.

Cierto es también que si solamente se tratara de expulsar del debate a los elementos emotivos, tampoco deberían tener cabida aquellas manifestaciones que en sentido similar son traídas al juicio en beneficio del condenado. No es el carácter emotivo del discurso lo que determina su expulsión, sino el signo que lleva impresa esa emoción en la determinación

55. COVER, Robert, *La violencia y la palabra*, en *Derecho, narración y violencia* (trad. de Cecilia Ross), ed. a cargo de Christian Courtis, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 129 y 132.

56. En realidad nada debe serlo para quienes rechazamos la pena de muerte, pero se trata de pensar la cuestión para el caso en que se la considere legítima, pues desde ese punto de vista es planteada la cuestión.

de una pena capital. De otra manera, tampoco la mayor o menor calidad personal del condenado, su raza, su belleza física, las sonrisas con las que saluda a su vecino al salir a trabajar cada mañana con el maletín en la mano, deberían ser elementos a evaluar en la fijación del castigo; a menos que se considere que en la decisión de la pena de muerte, el acusado debe someterse a la angustiada tarea de dar muestras al Estado de por qué, a pesar del atroz hecho cometido, su vida es valiosa y merece ser preservada.

El hecho de que la crítica a las DIV se haya centrado exclusivamente en los casos de aplicación de la pena capital, ha llevado a Posner a afirmar que dichas impugnaciones ocultan en verdad una censura dirigida al tipo de castigo, que pretende ser limitado mediante argumentos procesales. El rechazo a las DIV intenta reducirlas a su mínima expresión, pues la prohibición pretendida sobre ese tipo de relatos disminuye la aplicación efectiva de la pena de muerte.

Es común que determinados razonamientos parezcan definitorios por su fuerza argumental, cuando en realidad parecen apuntar a solucionar otras cuestiones encubiertas involucradas en el conflicto. Algo similar ocurre en nuestro país, por ejemplo, con la jurisprudencia que nulifica las actuaciones en casos de aborto cuando se trata de una mujer que luego de haber iniciado maniobras clandestinas con ese fin, llega necesitada de atención urgente a un hospital público. Una de las razones utilizadas para dicha declaración de nulidad es que validar el proceso significaría imponer a la mujer la obligación de declarar contra sí misma (pues su urgencia para salvar la vida la obliga a aportar prueba en su contra).⁵⁷

Esa jurisprudencia encubre un cuestionamiento a la punición del aborto o a la desigualdad de persecución entre quien concurre a un hospital público y quien posee medios para acceder a un servicio pago.⁵⁸ De otra forma no se explica por qué ese mismo argumento, no es sostenido para nulificar lo actuado en el caso de quien concurre herido al hospital después de haber matado a otro en un tiroteo callejero.

Para comprender la razonabilidad de la crítica de Posner basta con advertir que las DIV se excluyen únicamente en los casos en que se decide si el condenado tiene o no derecho a seguir con vida. ¿Por qué no se utiliza el mismo cuestionamiento para otras penas?⁵⁹

57. El plenario "Natividad Frías Segura", del 26/8/1966 de la CNCrim. y Corr. es citado aún hoy y sentó la doctrina que sigue alimentando gran parte de la jurisprudencia. En los votos de los magistrados intervinientes podía leerse que "El art. 18 CN. dice que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo", y una forma larvada, cruel e innoble de conculcar el precepto es utilizar el ansia vital de la abortada para la denuncia de su delito" (voto de Lejarza). "El art. 18 ley suprema, establece de manera indubitable que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, y no podría negarse que en tales casos, la obligación es urgida por el derecho a vivir" (voto de Amallo). "Si es injusto obligar a quien delinquirió a que provoque, acusándose, su propia condena, es igual y, consiguientemente, injusto condenarla sobre la base de una autoacusación a la que se vio forzada nada menos que por la inminencia de perder su humano derecho a sobrevivir a su delito"(voto Romero Victorica). "La mera presencia ante el médico de la mujer autora o coautora de su propio aborto implica una autoacusación forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación, puesto que acude a él en demanda angustiada de auxilio para su salud y su vida" (Frías Caballero). El plenario es reiteradamente citado en fallos posteriores, un ejemplo de ello es el dictado por la SCBA el 7/6/2006 en la causa P.86052 "E., A. T., s/aborto".

58. "El art. 88 CPen. se aplica exclusivamente a las menesterosas a quienes la sociedad les cobra su altruista socorro hospitalario entregándolas convictas de ese delito", decía Lejarza en el inicio de su voto.

59. Conforme surge de la fuente indicada en la nota 13, en algunos estados se permite la utilización de las DIV en la fase en que se decide la culpabilidad del acusado. En el mismo sentido informa BLUME, cit., p. 273.

Si ese tipo de declaraciones tiene el riesgo de inflamar al jurado de deseos de venganza o de provocarle un impacto emotivo que obstaculiza una decisión racional, su inclusión en un juicio destinado a determinar la culpabilidad del acusado o cualquiera de las penas que pudieren corresponderle, es igualmente problemática. ¿Cómo asegurarnos que no es el dolor de los hijos, el llanto de la mujer abusada, la desesperación de quien sufrió un hecho violento, lo que determina el dictado de una sentencia condenatoria o la fijación de una larguísima pena de prisión?

7. La víctima narra en primera persona

En un ensayo de reciente aparición, Beatriz Sarlo reflexiona sobre la competencia entre la memoria y la historia con relación a su mirada del pasado. Mientras que “la historia no siempre puede creerle a la memoria”, “la memoria desconfía de una reconstrucción que no ponga en su centro los derechos del recuerdo”.⁶⁰

El planteo ubica al binomio Historia/Memoria en un escenario similar al que se presenta en Derecho/Literatura en el trabajo de Yoshino. En el primer caso, la cuestión central es de qué manera narrar una historia sin que se vea prisionera de un testimonio del cual no puede prescindir. En el segundo, de qué forma el Estado puede tomar una decisión y llevar adelante un proceso sin que el protagonismo de un discurso emotivo teñido por el dolor desvíe el cumplimiento de su función.⁶¹

Refiere Sarlo que luego de las dictaduras que gobernaron América del Sur, el relato en primera persona de la víctima pasó a ocupar el centro de la escena “para conservar el recuerdo o para reparar una identidad lastimada”. El testimonio se convirtió en un ícono de la verdad.⁶²

Señala que la amenaza de la pérdida de la memoria no es un miedo al efectivo borramiento de recuerdos sino al de su significado político en países donde hubo violencia, guerra o dictaduras militares. Se pregunta Sarlo de qué manera un espacio protagónico necesario para conservar un recuerdo o reparar una identidad lastimada, permite a su vez la narración de una historia con la capacidad de apartarse de esos testimonios como única fuente de verdad.⁶³

Puede apreciarse aquí la similitud con el análisis del profesor Yoshino respecto de las DIV y de la forma en que Platón se oponía a la poesía en la *polis*. Cuando de lo que se trata es de realizar una reconstrucción histórica, cabe preguntarse cuánto es el peso que se atribuirá al relato de las víctimas que han visto en el reconocimiento y en el respeto por ese relato una forma de curar su identidad dañada.

Sarlo menciona la intangibilidad de ciertos discursos autobiográficos y sostiene que terminadas las dictaduras en esta parte del mundo, “recordar fue una actividad de restauración de lazos sociales y comunitarios perdidos en el exilio o destruidos por la violencia del

60. SARLO, Beatriz, *Tiempo pasado. Cultura de la memoria y giro subjetivo. Una discusión*, Siglo XXI, Bs. As., 2005, p. 1.

61. Similar también a lo que Gramuglio refiere en las relaciones Periodismo/Poesía y que fuera mencionado en la nota 37. En este caso, la cuestión es cuánto obstaculiza un lenguaje emotivo la comunicación de un hecho.

62. SARLO, cit., pp. 22 y 23.

63. Idem, pp. 25 y 26.

Estado". En ese primer momento la confianza en los testimonios de quienes recuperaban la voz era necesaria "para la instalación de regímenes democráticos y el arraigo de un principio de reparación y justicia". La desconfianza en la memoria se suspendió en los casos de la víctima que narraba su sufrimiento.⁶⁴

Señala que el testimonio que narra una muerte o una vejación es en sí mismo reparador de la subjetividad, "establece también una escena para el duelo, fundando así comunidad allí donde fue destruida". Menciona como ejemplo la Comisión de Verdad y Reconciliación del Perú, en la cual el testimonio habría importado una forma de procesar un duelo largamente postergado.⁶⁵

También refiere que "las organizaciones de derechos humanos politizaron su discurso porque fue inevitable que buscaran un sentido sustancial en las acciones de los militantes que sufrieron el terrorismo de estado. Las víctimas necesitaron además de la justicia, un reconocimiento positivo de sus acciones".⁶⁶

Guardando las distancias entre un fenómeno colectivo como lo fueron los crímenes de lesa humanidad cometidos bajo las dictaduras en América Latina y los crímenes juzgados en los casos *Booth*, *Gathers* y *Payne*; es posible preguntarse algo del mismo orden en cuanto a la admisión de las DIV en el debate. Tan incomprensible son los homicidios descriptos, que la idea de bucear en lo que eran las vidas de quienes fueron asesinados parece ser una manera de hacerlas presentes y confirmar la injusticia de sus muertes; de reivindicar aquello que fue destruido por el acto que está siendo juzgado. Una forma de hacer que el discurso afirme la justificación de una existencia que el asesinato ha negado.

Sarlo menciona también que el discurso de quienes sufrieron la violencia estatal transmite la verdad de la experiencia y la verdad del propio sufrimiento, de manera que el cuestionamiento a esa verdad es un cuestionamiento a ese sufrimiento. ¿Como someter el testimonio a las reglas de la crítica en esta situación?⁶⁷

El contenido emotivo, la imposibilidad de discutir con un hijo el tipo de castigo que merece la persona que mató a sus padres, por ejemplo, introduce en el juicio elementos ajenos a la discusión racional y por ello su ingreso debe ser limitado. Decía uno de los jueces de la mayoría en *Booth* que la información vertida en una DIV no es fácil de rebatir, debido "al riesgo estratégico que puede importar atacar el carácter de la víctima ante el jurado". Señalaba incluso lo incómodo que resulta para el propio tribunal poner en tela de juicio el relato de la víctima. Es difícil cuestionar al dolor en los estrados judiciales, mucho más cuando quien lo cuestiona es aquél que lo ha provocado.

8. Un argumento literario

Para Yoshino, la inclusión de las DIV modificó la posición que la izquierda progresista tenía con respecto a las relaciones entre derecho y literatura, en la medida que los estudios

64. Id., pp. 26, 59 y 62.

65. Id., pp. 67 y 68.

66. Id., pp. 93.

67. SARLO, cit., p. 49.

vinculados a la narración habían ingresado al mundo jurídico como una forma de entender a los grupos oprimidos o desaventajados, a los individuos que aparecen como víctimas del sistema. Las DIV, en cambio, son utilizadas como elemento en contra de quien es condenado a muerte escuchando el clamor de víctimas con características diferentes.

Parece haber en este punto dos sujetos con algún grado de vulnerabilidad, más allá de las razones por las que hayan llegado a esa situación: la víctima, que debió enfrentar una injusta agresión del acusado, y éste, que ahora debe enfrentar la violencia organizada del aparato estatal.

Uno de los argumentos de Yoshino contra la admisión de las manifestaciones de las víctimas, es su interferencia en la etapa donde solamente el condenado debe ser escuchado; es decir, cuando se decide a su respecto la imposición de la pena de muerte. Sostiene que “la defensa del discurso del imputado es la defensa de Scherezade contando historias al Estado para lograr mantenerse con vida.” Llamativamente, el autor acude a una comparación literaria: aceptar la inclusión de las DIV en un juicio en el cual se decida la aplicación de una pena de muerte es atentar contra uno de los personajes que de manera más pura representan a la ficción.⁶⁸

En su alegato a favor de la inclusión de las DIV, Posner menciona que a la víctima ausente debe reconocérsele el derecho a clamar por justicia, como lo hace el fantasma del padre en Hamlet o el Comendador en Don Giovanni.⁶⁹

Es significativo cuán literarias son las argumentaciones de dos exponentes de la academia. Las mil y una noches o Hamlet, ésa es la cuestión. Aunque quizás las habría utilizado él mismo, muy probablemente Platón expulsaría de la *polis* a exposiciones destinadas fundamentalmente a conmover al auditorio.

9. La razón literaria

Si bien considero que Yoshino no pretende identificar de manera absoluta a las DIV y con la literatura, el paralelo planteado entre los argumentos que fundan la exclusión de los primeros con los que permitirían la exclusión de la poesía en los textos platónicos, conduce a su asimilación. Como bien indica en su trabajo, las razones expuestas por la corte estadounidense en *Booth y Gathers* despiertan un *deja vu* platónico. La tensión es entre derecho, por un lado, y ficción, teatro, poesía, por el otro; géneros estigmatizados por considerárselos falsos, irracionales y seductores.⁷⁰

68. Para señalarlo en términos borgeanos, se trata de “un libro ilustre, uno de los libros más ilustres de toda las literaturas”, “un libro “inagotable” pues “*las mil y una noches* siguen creciendo, o recreándose”, “un libro que es tan vasto que no es necesario haberlo leído, ya que es parte previa de nuestra memoria” (BORGES, Jorge Luis, *Las mil y una noches*, en *Siete Noches*, Fondo de Cultura Económica y Ediciones Nuevo País, Bs. As., 1987, pp. 57 y ss.). De nuevo se aprecia que no es la emotividad lo que deslegitimaría a las DIV, sino el hecho de que esa emotividad tenga un determinado sentido.

69. POSNER, *Law and literature*, cit., p. 348.

70. Se trata de la visión particularizada de la literatura que es expuesta en la introducción del artículo de Yoshino.

Las DIV imbrican una decisión racional en una madeja de sentimientos y dolor. Sin embargo, la imaginación poética no es un mero acto emotivo desprovisto de racionalidad.⁷¹ Menciona Sarlo que la imaginación literaria requiere de un esfuerzo para salir de los límites de la memoria y explorar más allá de la propia experiencia mediante un ejercicio de distancia. Debe entrenarse para "salir de visita", alejarse de la inmediatez de las propias percepciones.⁷²

La imaginación literaria importa un ejercicio de representación y de búsqueda de sentido. Aunque no resulte fácil saber cómo y de qué manera trabajar en conjunto, el mundo del derecho sólo se empobrecería si dejara de bucear en ella.

La literatura crea universos y el derecho los regula, les asigna un significado. Podríamos pensar al primer libro de la Biblia no como la descripción de un acto de creación efectiva del universo sino como la aparición de la palabra que dio un significado al caos. Dios crea al mundo nombrándolo: la luz aparece luego de que su nombre es pronunciado donde únicamente había tinieblas. La palabra divina ordena, permite diferenciar y comprender. Un mundo es creado cuando adquiere el sentido que la historia narrada nos ayuda a asignarle. Señala Magris que "los antiguos, que habían comprendido casi todo, sabían que puede existir poesía en el acto de legislar; no por casualidad muchos mitos dicen que los poetas fueron, también, los primeros legisladores".⁷³

La ficción también crea por medio de la palabra; es búsqueda de significados y un intento por sostenerlos. Si el Génesis es un relato de la creación, el complejo código de normas del Levítico que le sigue constituye la regulación de esa fábula. Primero es necesario contar una historia (en la cual hay una serpiente que habla, el mundo se hunde cuarenta días bajo la lluvia y en un instante se crean los idiomas para hacer imposible la comunicación entre los hombres) y luego, formular las reglas que permiten su permanencia.

La ficción no sólo crea universos, sino que además permite, en ese ejercicio de "salir de visita", la comprensión de lo existente. Sarlo, por ejemplo, señala que encontró en la literatura "las imágenes más precisas del horror del pasado reciente y de su textura de ideas y experiencias".⁷⁴ "La literatura, por supuesto", agrega, "no disuelve todos los problemas planteados, ni puede explicarlos, pero en ella un narrador siempre piensa *desde afuera* de la experiencia como si los humanos pudieran apoderarse de la pesadilla y no sólo padecerla".⁷⁵

Menciona Manguel que para entender el horror de la guerra que azotó al mundo entre 1939 y 1945 son más iluminadoras y convincentes *La Piel*, *El manto* o *Los silencios del mar* de Malaparte, Ozick y Vercors, que los seis volúmenes de la Historia de la Segunda Guerra Mundial de Winston Churchill.⁷⁶ Decía Saer en una entrevista que, cuando uno lee a autores como Dostoievsky, no lo hace para enterarse de qué modo vivían en la Rusia del

71. Es decir, no es sólo madeja de emociones. Aristóteles menciona que la poesía es más filosófica y más elevada que la historia pues dice más bien lo universal. ARISTÓTELES, cit., p. 66.

72. La imagen es tomada por Sarlo de una cita de Hanna Arendt.

73. MAGRIS, "Los poetas y los legisladores", en diario La Nación, Cultura, p. 1, Bs. As., 12 de marzo de 2006.

74. SARLO, cit., p. 163. Menciona las novelas *Glosa* de Saer, *Dos veces junio* de Kohan y *Los Planetas* de Chejfec.

75. SARLO, cit., p. 166.

76. Revista Ñ, Nro. 134, p. 1, sábado 22 de abril de 2006, *Libros de historia e historia Libresca*.

siglo XIX, sino para saber más de uno mismo. White toma obras literarias (Shakespeare, Austen e incluso a Platón) para comprender de qué forma se construye y sustenta la autoridad en una sociedad determinada.⁷⁷

En su estudio sobre las relaciones entre derecho y literatura, Yoshino ha puesto de resalto que determinadas manifestaciones de las víctimas en el juicio oral no pueden convivir con las finalidades del derecho. Ha mostrado también de qué manera ese conflicto que se manifiesta en las decisiones de la corte estadounidense, se remonta a la dura posición que un filósofo griego esgrimía con relación a la poesía cinco siglos antes de Cristo.

Tomando a su trabajo como base, he intentado desarrollar algunas consideraciones acerca de la imposibilidad de desconocer el carácter poético de todo discurso narrativo, he presentado una visión del discurso platónico y expuesto qué es lo que en el derecho estadounidense se conoce como declaración sobre el impacto en la víctima. También he intentado poner de resalto el quiebre que los discursos emotivos pueden producir en una construcción racional y la difícil, necesaria e inevitable relación entre el discurso del derecho y la literatura, habida cuenta de la imposibilidad de erradicar a lo poético del mundo del derecho.

Mejor la verdad que la poesía, fingía el discípulo de Sócrates.

77. WHITE, *Acts of Hope, Creating Authority in Literature, Law and Politics*, en The University of Chicago Press, 1994.