
Jueces y sanción penal: En torno al Capítulo 1 de *Castigar al prójimo*

Leonardo Gabriel Pitlevnik*

I. Introducción. Las penas, Zaffaroni y el republicanismo.

Es difícil en un contexto de emergencias penitenciarias, superpoblación carcelaria y “manoduroismo”, presentar reparos a las ideas de un libro que postula, justamente, un menor uso de la cárcel como respuesta. Tal vez por ello sea necesario aclarar que, cuando se controvierte el pensamiento de Gargarella y se cuestionan los argumentos desarrollados en el texto, de ningún modo se pretende justificar el infierno en que se ha convertido la prisión. Se trata solo de pensar el modelo teórico expuesto en el capítulo 1 de *Castigar al prójimo*¹ en los términos en que se presenta el debate y en función de las razones dadas por el autor cuando dialoga con la obra de Zaffaroni.

Gargarella define los postulados de un republicanismo en materia penal, como contrapartida al sistema de la pena expuesto por Zaffaroni. Empezaré por pasar revista a la presentación que se hace del pensamiento de este autor.

Las tesis de quien fuera juez de la Corte son más o menos conocidas. Gargarella hace foco en los siguientes puntos.

1.- Zaffaroni dice que la pena es un hecho violento irracional que discrimina, castiga y selecciona a sus víctimas. La función de la agencia judicial es la de racionalizar el uso de la coerción penal y minimizar la violencia ejercida por la agencia policial.²

Gargarella señala que Zaffaroni “en lugar de partir de una concepción abstracta acerca de cómo podría o debería funcionar la pena en condiciones ideales, comienza con la cruda descripción del funcionamiento de nuestros ordenamientos penales y

* Profesor Regular Adjunto de Derecho Penal. Director Académico del Centro de Estudios de Ejecución Penal. Facultad de Derecho UBA.

¹ Gargarella, Roberto, “La tarea del juez y los límites del minimalismo penal. Castigo y exclusión en la teoría de Eugenio Raúl Zaffaroni”, *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, pp. 29-57.

² Véase Zaffaroni, Euegenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte Gral*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 2002, p. 44 y ss.

no de un modelo social ideal”.³ Recordemos que para el último las teorías fracasan cuando intentan dar un valor positivo a la pena por lo que debe recurrirse a lo que se observa en la realidad y desde allí analizar la verdadera función del derecho penal. La pena es una coerción que impone una privación de derechos o dolor, que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso o de acaecimiento inminente. Un mero acto de poder que solo tiene explicación política.

En *Castigar al prójimo* se exponen otras posiciones de Zaffaroni ligadas al castigo. Son cuestionadas, a mi criterio, con razón, aunque no necesariamente importan una puesta en crisis de la teoría de la pena. En todo caso, podrían poner en evidencia cierta inconsistencia en el pensamiento del autor criticado o cuestionar su sinceridad en la adopción de determinadas posiciones; críticas personales o señalamientos al modo en que el ex juez de la Corte despliega su discurso que no debilitan en última instancia la razón o no de la posición general con relación a la pena. Las reseñaré a continuación.

1.1.- Zaffaroni dijo en un reportaje a un medio de comunicación que los jueces son como la cruz roja, dedicada a salvar vidas y curar heridos en las guerras. Los jueces harían lo mismo con relación a la agencia policial (que de este modo quedaría equiparada al mal de la guerra).

Esta mirada condescendiente hacia los jueces tal vez se relacione con el hecho de que sea un juez quien la postule. Sabemos que nadie es proclive a describirse a sí mismo como villano. Es posible entonces, que a Zaffaroni le falte algo de perspectiva o distancia a su afirmación. Se le aplicaría aquello que él mismo reprocha al sistema inquisitivo: sus dichos están contaminados por la proximidad (en realidad la identificación) de quien habla respecto del objeto. No es un tercero imparcial mejor preparado para un estándar de verdad cuando juzga su propio trabajo.

A diferencia de los médicos de la cruz roja, ajenos a la guerra en la que salvan gente, los jueces son actores principales en el dictado de la pena y el monitoreo de su cumplimiento. Una mirada mucho menos empática, quizás los pudiera asimilar a los psiquiatras del tercer Reich que en su rol de seleccionar enfermos que eran trasladados a campos de exterminio, se esforzaron por producir la lista más pequeña posible.⁴

De todos modos, la crítica a Zaffaroni en este punto podría relativizarse si se tiene en cuenta que refiere a un reportaje periodístico y no a su producción teórica escrita.

1.2.- Tampoco la posición adoptada por Zaffaroni en el fallo “García Méndez” (Fallos: 331:2691) pone en crisis su mirada sobre la pena. En el texto se critica que los jueces de la Corte no hayan ingresado en los cuestionamientos respecto del modo

³ Gargarella, *supra* nota 1, p. 39.

⁴ Para un análisis del caso véase Ortíz de Urbina, Iñigo, “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 177-192.

en que la ley 22.278 regula la situación de los niños, niñas y adolescentes menores de 16 años. Recuérdese que en el fallo la Corte había revocado una decisión de la Casación que cuestionaba su disposición e internamiento. La decisión, además, operó desincentivando a los jueces a adoptar medidas parecidas a las que la Corte había tomado en “Verbitsky” (Fallos: 328:1146).

El cuestionamiento de esa decisión podría estar dirigido a su congruencia con la teoría de la pena zaffaroniana, pero ésta podría quedar incólume.

1.3.- En el libro se señala que en el fondo hay una desconfianza del autor que crítica hacia la democracia, hacia lo que para el ex juez de la Corte sería una inevitable deriva al populismo punitivista, la elección popular de los jueces y su descreimiento del juicio por jurados.

1.4.- Otra crítica acertada, en mi criterio, se dirige a la posición de Zaffaroni en cuanto separa del resto de los delitos a los crímenes de lesa y a la inaceptable decisión en la que intervino desde la UBA mediante la cual se excluyó a los detenidos por esos delitos de los estudios que se brindan en la cárcel.

2.- El modelo alternativo del republicanismo es presentado del siguiente modo: El republicanismo piensa en un autogobierno colectivo entendido como *compromiso significativo* de los ciudadanos con la suerte de su comunidad. Los ciudadanos *deben* distinguirse por *ciertas cualidades de carácter o virtudes personales*: la honestidad, el compromiso y la solidaridad, que el estado se compromete a promocionar a la vez que alienta planes de vida relacionados con la intervención cívica en los asuntos comunes. El republicanismo postula una sociedad en la que todos se reconocen iguales y se sienten *ligados por un destino común* en un sólido entramado social que los une, “que hace que cada uno *se reconozca* en los demás y se sienta vinculado con el destino de sus pares”.⁵ Se explica también que en este contexto social, para que una norma no sea cuestionable, debe ser resultado de un acuerdo comunitario *profundo*. Lo que importa es saber “si todos se sienten legisladores, coautores de las normas que rigen sus vidas”.⁶

En este modelo general se inserta un derecho penal en el que el mayor interés se centra en el reproche y no en el castigo; en lograr la modificación de las pautas de comportamiento y la integración social mediante la internalización de las normas.

Gargarella propone quitarle al Estado y devolver a la comunidad el poder represivo “de modo tal que los centros básicos de socialización adquieran o recuperen un papel central en la práctica del control penal”.⁷ La participación de los órganos comunitarios “favorece la internalización del reproche público de parte del victimario”.⁸

⁵ Gargarella, *supra* nota 1, p. 34 (el destacado me pertenece).

⁶ *Ibíd.*, p. 35.

⁷ *Ibíd.*, p. 37.

⁸ *Ibíd.*

En cuanto a los efectos en la persona del autor del delito, Gargarella propone que la respuesta al delito busque “*el autorreconocimiento de que se ha cometido una falta y la reintegración de quien ha delinquido*”⁹ donde primen penas como compensación y no como castigo físico o cercenamiento de la libertad.

II. La pena como mal

Francesco Carrara¹⁰ afirmaba, a mi criterio con razón, que la pena era un mal que respondía a otro mal. En su “Programa de Derecho Criminal” se quejaba de que Roeder, autor que pensaba a la pena como corrección del delincuente, le achacaba tener posiciones reaccionarias y ser defensor de ideas medievales. Le respondía que en realidad era el propio Roeder quien, al pretender convertir a la pena en un bien, subvertía su función de imponer un mal a otro. La idea de corregir al delincuente era ya no luchar contra el mal sino contra la potencia del mal en el individuo. Carrara no negaba la corrección como un elemento que debía ponerse en funcionamiento al aplicar una pena, pero señalaba que no es el Estado quien tiene derecho a enmendar al descarriado, sino el descarriado quien tiene derecho a la enmienda del Estado. Sostenía el autor italiano que solo una tiranía puede meterse en la interioridad del sujeto para hacer que desee lo que el estado entiende que debe ser deseado.

136 Creo que algo de esa discusión de mediados del siglo XIX es atinente al contenido del capítulo 1. En mi opinión por momentos el texto despliega un discurso voluntarista, cargado de términos emotivos fuertemente adjetivados que caracterizarían al modelo social propuesto (“compromiso significativo de la ciudadanía”, “honestidad”, “solidaridad”, “sentirse ligado a un destino común”, “acuerdo comunitario profundo”) y dependiente de una mirada forzada de la realidad social. En un mundo de seres buenos, solidarios y honestos, ciertamente no habrá castigo. O habrá menos.

Gargarella en ese contexto expone algunas ideas cuestionables en torno a la pena. Por ejemplo, no defiende la enseñanza en la prisión porque se trate de un derecho humano de cualquier persona, detenida o no, sino porque la enseñanza a los condenados por crímenes de lesa humanidad es “una excelente oportunidad para convencerlos del valor de aquello que niegan y para ayudarlos a pensar en la gravedad extraordinaria de las faltas que han cometido”.¹¹ Refiere que “debemos verlos como

⁹ *Ibíd.* (el destacado me pertenece).

¹⁰ Carrara, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, Tomo II, Bogotá, Temis, 1972, p. 8 y ss.

¹¹ Gargarella, *supra* nota 1, p. 57.

sujetos capaces de pensar¹², de revisar con sentido crítico lo que han hecho, de arrepentirse de sus errores y de reinsertarse en la sociedad”.¹³ De hecho el capítulo 1 sobre su ideal de castigo contraponiéndolo al zaffaroniano termina diciendo: “tenemos que realizar el máximo esfuerzo para lograr su arrepentimiento”.¹⁴

La repetida mención en el texto a que el Estado debe lograr el arrepentimiento de los culpables, no deja de sonar a inquisición. Quizás requiera de mayores precisiones para entender cuáles es la extensión que le da a esa palabra.¹⁵

Dice que en el republicanismo los ciudadanos deben comprender y aceptar el contenido de las normas y que las normas “deben hallarse internalizadas en la ciudadanía”. Una de las ideas que, a mi juicio, ofrece más reparos es la que afirma que los ciudadanos “deberán rehusarse a cometer actos reprochables porque encuentran en ellos formas de comportamiento injusto”, en lugar de hacer cálculos de costos y beneficios por la amenaza de la pena.¹⁶ Hay aquí una mezcla de *Un mundo feliz* y de las tesis socráticas de bondad y saber. El texto imagina que las personas comprenderán las normas, las internalizarán y –en una mixtura del mundo del ser y el del deber ser–, señala en futuro del indicativo que por comprender que es injusto, “deberán” rehusarse a cometer delitos.

Mi impresión es que mientras el texto cuestiona a Zaffaroni porque parte de la realidad y no de una sociedad ideal, Gargarella construye una sociedad a la medida de su pensamiento, en la que fenómenos como la violencia o el mal son

137

¹² No quisiera hilar tan fino analizando cada detalle del discurso, pero que se afirme que debemos ver a ciertas personas como “capaces de pensar” es tan obvio, que de algún modo genera desconfianza hacia el propio texto: ¿hace falta que se nos invite a un reconocimiento tan básico? De algún modo remeda a quienes se refieren a un grupo discriminado señalando “que son personas iguales a nosotros”, poniendo en evidencia su propio prejuicio.

¹³ Gargarella, *supra* nota 1, p. 56.

¹⁴ *Ibid.*, p. 57.

¹⁵ En los textos clásicos defensores de la inquisición, el arrepentimiento aparecía como una instancia de reunión del infractor con la comunidad. La inquisición debe ser considerada “una institución esencialmente misericordiosa” porque quien se arrepiente y de ese modo se acusa de haber pecado o cometido un crimen, a diferencia de lo que ocurre en los tribunales civiles, “líbrase de la pena obteniendo la gracia de la reconciliación” (pp. 230-231), roto el pacto de la inocencia, el arrepentimiento se convertía en un nuevo pacto “bello y noble” (p. 232) o “la confesión hecha en el tormento no era válida, salvo cuando el reo la ratificaba dentro de las veinticuatro horas, en cuyo caso, si el arrepentimiento se juntaba con la confesión, triunfaba por completo la misericordia con la libre absolución del acusado” (p. 238). Tomado de Ortí y Lara, Juan Martín, *La inquisición*, Madrid, Imprenta y Librería de la Viuda e Hija de Aguado, 1877. Quizás el pensamiento de Gargarella requiera de una redefinición de aquello a lo que alude con arrepentimiento, para evitar un término que indefectiblemente se vuelve problemático debido al papel central que desde antaño tiene en el discurso penal.

¹⁶ El texto parece identificarse aquí con la idea socrática de quien conoce el bien obra correctamente. La gente no querría hacer el mal, cuando conoce el bien.

impensables, fantasías de la vieja sociedad que desea dejar atrás. El escenario queda así encabalgado entre la fantasía de una sociedad distópica en la que las personas se definen por aquello que les es impuesto como deber (y que abrazan con fervor) y una era de redención o mesiánica de un futuro habitado por justos o por habitantes del Edén en el inicio del Génesis, antes de que Adán y Eva resolvieran tener la libertad de decidir entre el bien y el mal y por eso, fueran echados del paraíso.

III. Los jueces

El texto cuestiona a las posiciones de Zaffaroni porque en su afán de retirarse de los espacios de intervención y de minimizar desde el poder judicial la actuación de las agencias policiales propone un repliegue que, en lugar de bregar por integrar al más vulnerable, lo terminaría abandonando a su suerte. Ejemplifica con la política penal en materia de estupefacientes. Cuestiona la devolución de un joven adicto a la calle, cuando el republicanismo propondría que los jueces operen activamente en la reinserción familiar y social de los excluidos.

La postura de Gargarella no es muy distinta a la de la ley 23.737 (y antes de la ley 20.771), que, al fin y al cabo, prevé medidas curativas y educativas para que los adictos o los consumidores ocasionales tengan la oportunidad de volver al redil. La ley construye un modelo de jueces penales que opera para reinsertar familiar y socialmente a los excluidos.¹⁷ En el mismo tono, el republicanismo estaría dispuesto a que el juez penal intervenga al momento de reconocer la necesidad de medidas integrativas en caso de comisión de un delito (y aquí quizás aparezca el huevo de la serpiente: por qué no, también cuando no hay delito, pero se verifica una situación de marginalidad).

Lo que un penalista zaffaroniano podría responder es que el repliegue el derecho penal no es el repliegue del Estado; que otras agencias estatales debieran intervenir en ese caso, porque mantenerlo en la esfera de la justicia penal es una variación de aquello que Carrara criticaba en Roeder, la fantasía de que la pena sea un bien. Que la pena no sea pena.

Cuando el poder punitivo fundamenta su intervención en la finalidad de incluir o compensar al que delinquirió, la pena deja de ser un mal. Esta parece ser la propuesta republicana y por eso el rechazo en el texto de Gargarella a la definición de Hart de pena como la deliberada imposición de un mal.

Como se ha señalado con razón¹⁸, si se sale de la matriz de la pena como castigo, se

¹⁷ Algo parecido podría decirse de la ley 22.278, que diera lugar al caso "García Méndez" ya mencionado.

¹⁸ Utilizo en los párrafos siguientes una línea argumentativa extraída de Funes, Jaime y González, Carlos, "Delincuencia juvenil, justicia e intervención comunitaria", en: *Revista Urbe et lus*, Newsletter N° 24, 2007, pp. 1-18, disponible en: http://urbeetius.org/wp-content/uploads/news24_funesgonzalez.pdf, último acceso: 8 de julio de 2017.

corre el riesgo de mixturar la lógica de la violación de las normas propias de la justicia penal, con la lógica de las políticas de inclusión social cuyo fin es neutralizar o morigerar situaciones de vulnerabilidad o exclusión. La justicia penal, basada en la comisión de un hecho dañoso contra otro, no se conduce con la dinámica de las políticas sociales. Éstas sí ponen su atención en los sectores más desfavorecidos a través de asistencia de carácter voluntario y no mediante coacción como lo hace el derecho penal. Toda asistencia coactiva es control, ejercicio coercitivo del poder estatal sobre el más débil.

Dice Gargarella que “el poder judicial podría contribuir, desde su legitimidad y funciones específicas, a la reinserción familiar y social de los excluidos”.¹⁹ El juez penal que se repliega “es reprochable, porque el actuar de ese modo lo hace cómplice de una maquinaria a la que alimenta y ayuda a mantener en funcionamiento”.²⁰ En mi opinión, la reconfiguración de la pena como un bien, desdibuja los motivos de la intervención. El criterio de la responsabilidad cede ante criterios confusos y arbitrarios. ¿Por qué habría de limitarse una respuesta igualadora a la comisión de un delito, si la misma finalidad y bien pueden instrumentarse ante la mera constatación de esa desigualdad?

Si no se repliega la respuesta penal como propone Zaffaroni, por ejemplo, en lo referente a estupefacientes y se actúa en base a las necesidades, es difícil evitar que se erosionen las garantías procesales. Conforme lo mencionan Funes y González, “si la justicia ya no es justicia sino protección y ayuda ¿qué necesidad hay de defensa, de determinación judicial de la medida (...)?”.²¹

139

La asistencia de ese modo puede volverse un criterio de selección de la clientela de una justicia penal que se piense a sí misma como reintegradora de vulnerables. Algo demasiado parecido a la criminalización de la pobreza.

Gargarella refiere que, —a diferencia de Zaffaroni—, parte de un modelo ideal. Debíamos ahora pensar de qué modo ese modelo ideal se ajusta o no a la realidad a la que está destinado. Además, si el modelo funcionara en sus pasos anteriores, si contáramos con una sociedad como la ideada por el autor la respuesta punitiva ocuparía un espacio marginal. No necesitaríamos de un discurso destinado a descomponer un aparato represivo que ya no se ensañará de manera discriminatoria con un sector de la población. Se limitará a ocuparse de aquellos que, en el contexto de una sociedad de iguales que participan en el mismo plano en la formulación de las normas que los rigen, elijan en condiciones de libertad el camino del crimen.

¹⁹ Gargarella, *supra* nota 1, p. 41.

²⁰ *Ibid.*, p. 41.

²¹ Funes y González, *supra* nota 18, p. 7.

IV. Consideraciones finales

No estoy en condiciones de afirmar que en el texto se rechace por completo el mal como respuesta. Al menos en algunas partes se hace mención a que no puede ser la única. Si así fuera, la discusión se limitaría a los espacios en los que convenga reputar necesario al derecho penal y el castigo. Gargarella presenta como ejemplo de civilización a la sanción que en Noruega se impuso al autor de la masacre de Utoya que produjo 77 muertos y casi cien heridos. Anders Breivik fue condenado a la pena máxima 21 años con reclusión por tiempo indeterminado. En 2016 un tribunal de Oslo condenó al propio estado Noruega por violación a la Convención Europea de DDHH por las condiciones de detención del autor.²² Para ciertos casos, entonces, 21 años de prisión más tiempo indeterminado posterior, no sería una errada idea de pena.

Más allá de ciertas críticas acertadas al pensamiento zaffaroniano focalizadas en ejemplos concretos, las críticas a las nociones de la pena postuladas por Gargarella padecen del defecto de partir de la base de una comunidad ideal. Se suma una idea de arrepentimiento que, a falta de mayor precisión, presenta una fuerte similitud con posturas etizantes del derecho penal que pueden significar una abusiva intervención estatal en la persona del condenado. Por último esboza una lógica de intervención penal y conceptualización de la pena que corre el riesgo de confundirla con un instrumento de cambio social y de borrar sus límites en cuanto a derechos materiales y procesales de los imputados.

A pesar de ello, también es cierto que el texto se despega de la idea de prisión como único recurso estatal y pone en evidencia que una comunidad que aliena a sus miembros de las decisiones colectivas encuentra serios problemas de legitimación del castigo. También el texto nos interpela con relación al tipo de sociedad en la que queremos vivir, porque es hacia allí donde sería deseable que nos dirijamos. En ese marco, los cuestionamientos que aquí se hacen al pensamiento de Gargarella en el capítulo 1 de *Castigar al prójimo* y la idea general de la pena allí expuesta, no impiden coincidir en la necesidad de pensar y probar alternativas de gestión de conflictos que se salgan de las únicas categorías de culpable o inocente o de prisión como respuesta obligada. El texto marca con lucidez las contradicciones de quienes convivimos con el derecho penal y plantea con honestidad un debate respecto de una de las manifestaciones más crueles de nuestra organización social como lo son hoy, en gran medida, las cárceles argentinas. Es una buena mecha

²² En función del tiempo sometido a aislamiento, cacheos rutinarios del detenido desnudo y controles sin aviso. Véase BBC, "Anders Breivik, el autor de la masacre de Noruega, gana su demanda contra el Estado por 'violar sus derechos humanos'". Disponible en: <https://goo.gl/z8CbtL>. Último acceso: 4 de junio de 2017.

para horadar un sistema penal sobrevaluado, en el que la cárcel (cada vez más dura y por más tiempo) falazmente se nos muestra como el único remedio para terminar con el delito.

Bibliografía

CSJN, “García Méndez” (Fallos: 331:2691).

Carrara, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, Tomo II, Bogotá, Temis, 1972.

Funes, Jaime y Gonzalez, Carlos, “Delincuencia juvenil, justicia e intervención comunitaria”, en: *Revista de Menores*, 7, pp. 51-68, España, 1988.

Gargarella, Roberto, “La tarea del juez y los límites del minimalismo penal: Castigo y exclusión en la teoría de Eugenio Raúl Zaffaroni”, *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

Ortiz de Urbina, Iñigo, “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, Madrid, La Ley, 2011.

Ortí y Lara, Juan Martín, *La inquisición*, Madrid, Imprenta y Librería de la Viuda e Hija de Aguado, 1877.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte Gral*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 2002.

