

Castigo y exclusión en la teoría de Eugenio Raúl Zaffaroni

Roberto Gargarella

Resumen

El artículo se propone examinar algunas ideas centrales en el pensamiento del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni en materia del castigo penal, y en relación con el papel que le corresponde desempeñar al juez en dicho respecto. Los aspectos seleccionados de la obra de Zaffaroni –sólo unos pocos dentro de la vasta y compleja obra del autor- son examinados críticamente, desde una perspectiva propia de la filosofía política republicana, esto es, desde una concepción teórica que pone el acento en los ideales del autogobierno, la comunidad y la integración social.

Palabras clave

Castigo penal – republicanismo – democracia

Abstract

This article proposes to examine some of the main ideas in the thought of Professor Eugenio Raúl Zaffaroni in the field of criminal law punishment, and in relation to the role the judge has to play in that matter. The selected aspects of the work of Zaffaroni –only a few from the author's vast and complex work– are critically examined, from a republican political philosophy's point of view, this is, from a theoretical conception that accents ideals of self-government, the community and social integration.

Key words

Criminal punishment – republicanism – democracy

1. Introducción

En este escrito me propongo examinar algunos criterios que resultan centrales en el análisis que hace el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni sobre el castigo penal, y el papel que le corresponde desempeñar al juez en dicho respecto. Mi trabajo se concentrará en unos puntos muy específicos dentro del vasto e importante trabajo del profesor argentino y por lo tanto no pretenderá dar cuenta de –ni podrá hacer justicia a– toda su filosofía penal. El punto de vista por el que voy a optar en mi análisis, es el propio de la filosofía política republicana¹. Dicha opción no es azarosa: entiendo que el republicanismo penal, con su énfasis en los valores de autogobierno, comunidad e integración social, ofrece una mirada renovada, interesante y crítica sobre viejos temas relacionados con el derecho penal. De acuerdo a lo anterior, procederé en mi análisis, del siguiente modo: en primer lugar, caracterizaré brevemente a la mirada republicana, y mostraré las implicaciones de la misma en materia de derecho penal; en segundo lugar, examinaré de qué modo dicho punto de vista nos ayuda a leer críticamente algunos aspectos muy relevantes dentro del pensamiento penal de Raúl Zaffaroni.

2. Republicanismo y derecho penal²

Una preocupación inicial y saliente dentro del republicanismo cívico es la que se vincula con el autogobierno colectivo. El republicanismo toma como ideal regulativo el de que la comunidad se autogubierne, que no sea dominada por ninguna comunidad vecina. Se pretende la auto-determinación y se rechaza cualquier imposición externa, cualquier “dominación” que se intente imponer o establecer en contra de la voluntad de los propios afectados. Este tipo de preocupaciones no resultan inocuas en términos normativos desde el momento en que se encuentran íntimamente atadas a ciertos requerimientos normalmente descuidados por la teoría social. Ante todo, respetar el ideal del autogobierno exige un nivel significativo de compromiso de los ciudadanos con la suerte de su comunidad. Adviértase que, por ejemplo, desde el liberalismo –una concepción muchas veces vista como rival del republicanismo– la nota dominante es la defensa de la autonomía individual. De allí que –conforme con los liberales– si una mayoría de individuos prefiriese adoptar una actitud

¹ Dado que son tantos los momentos y los autores que aparecen vinculados con el republicanismo, en ocasiones se hace difícil distinguir cuáles son, en efecto, los contornos de dicha teoría. Por ello, en lo que sigue voy a apoyarme en una versión posible del republicanismo –el “republicanismo cívico”– que, estimo, no deshonrará a las lecturas que comúnmente se hacen de dicha postura. Al respecto, y en particular, ver: Cass Sunstein, “Beyond the Republican Revival”, *The Yale Law Journal* 97, no. 8 (julio, 1988): 1539, o Cass Sunstein, “Interests Groups in American Public Law,” *Stanford Law Review* 38, no. 1 (noviembre, 1985): 29.

² Tomo parte de esta sección de Roberto Gargarella, “Los desafíos republicanos a la represión penal”, en *De la injusticia penal a la justicia social*, Roberto Gargarella (Bogotá: Siglo del Hombre, 2008), 149.

despreocupada respecto de los asuntos públicos, ello no merecería ser reprochado: se trataría, simplemente, de la respetable preferencia de una mayoría de individuos. De modo más extremo aún, el conservadurismo defiende y alienta la baja intervención cívica de la ciudadanía, asumiendo que un involucramiento masivo y activo de la ciudadanía en la decisión y control sobre los asuntos públicos, implicaría una presión indebida sobre la clase dirigente, o una “sobre-carga” de demandas sobre el sistema político. Este tipo de perspectivas e implicaciones resultan inaceptables para el republicanismo, desde el momento en que implican socavar las posibilidades del autogobierno colectivo.

La afirmación del ideal del autogobierno, por otro lado, ofrece también pautas relevantes en lo que hace a cómo (re-)organizar las instituciones políticas de la sociedad. En efecto, el orden republicano requiere de instituciones favorables al autogobierno: ellas no sólo deben estar abiertas a la intervención cívica, sino además alentar esta actitud de parte de la ciudadanía. Contemporáneamente, muchos republicanos, defienden así el establecimiento de instancias de decisión descentralizadas; o la creación de foros públicos destinados a alentar el debate colectivo sobre cuestiones de interés común. Criterios como éstos, sin duda, vuelven a diferenciar al modelo de organización republicana de otros alternativos más propios de la época en que vivimos.

Conviene prestar atención a los posibles alcances de lo dicho, ya que la adopción de una postura republicana tendría impacto no sólo en el modo de pensar y evaluar las instituciones políticas, sino también en el modo de concebir los derechos individuales. En efecto, según viéramos, subyace en el republicanismo una honda preocupación acerca del carácter de las personas: los ciudadanos deben distinguirse por ciertas cualidades de carácter o virtudes personales. La presencia de determinadas virtudes cívicas (vinculadas con la honestidad, el compromiso, la solidaridad) resulta clave para quienes están interesados en la consecución de una comunidad autogobernada. Y el logro de este escenario requiere de una actitud, nuevamente, activa de parte del Estado: el Estado debe involucrarse en el “cultivo” de dichas virtudes³, lo cual representa, sin dudas, una posibilidad amenazadora para quienes defienden una idea robusta acerca de los derechos. Aquí dejaríamos de lado o desplazaríamos en parte el ideal liberal conforme al cual los derechos representan barreras infranqueables para la autoridad pública –“cartas de triunfo” en manos de los individuos. De lo que se trata, obviamente, no es de “imponer por la fuerza” planes de vida, sino de realizar, de forma más consciente y explícita, lo que nuestras sociedades hacen por otros medios y sin estridencia:

³ Michael Sandel, *Democracy's Discontent* (Cambridge: Harvard University Press, 1996).

promover concepciones del bien más vinculadas –en este caso– con la “vida política;” alentar, antes que desalentar (como hacen nuestras sociedades) los planes de vida más relacionados con la intervención cívica en los asuntos comunes.

Consecuencias similares pueden derivarse, también, del énfasis republicano en la integración social: no puede esperarse un compromiso de los ciudadanos con la suerte de sus pares si no existe una comunidad integrada, en donde todos se reconocen como iguales, y se sienten ligados por un destino común. Otra vez, enfatizar la idea de la integración social no nos lleva, ni debe llevarnos a pensar en sociedades homogéneas, ni mucho menos en ámbitos de pensamiento social unificado. De lo que se trata es de reconocer la relevancia no sólo de la inclusión social (de la mera agregación), sino también de asegurar la extensión y la solidez del entramado social que nos mantiene juntos, que hace que cada uno se reconozca en los demás, y se sienta vinculado con el destino de sus pares. Finalmente (y ésta puede ser otra forma de aproximarse al mismo punto), el republicanismo pone el acento en el valor de la *igualdad* –que obliga a que el Estado nos trate con idéntica consideración y respeto; tanto como en la existencia de ciertos *deberes públicos* –deberes de los individuos hacia la sociedad que los cobija– deberes que tienden a compensar el sobre-acento que el liberalismo suele colocar en la idea de derechos individuales⁴.

3. Republicanismo penal: Sobre los modos de construcción del derecho penal

¿Qué implicaciones tendría para el derecho penal la adopción de una teoría política como la republicana?⁵ No es fácil responder a esta pregunta aunque, recientemente, ha habido algunos intentos importantes de explorar precisamente las relaciones existentes entre el republicanismo y el derecho penal, como el propuesto por los profesores John Braithwaite y Philip Pettit⁶.

⁴ Quentin Skinner, “The Paradoxes of Political Liberty”, en *The Tanner Lectures on Human Values* (vol. vii), comp. Sterling M. McMurrin (Cambridge: Cambridge University Press, 1986), 225.

⁵ De la interesante literatura que puede dar cuenta del tema, puede verse, por ejemplo, Samantha Besson y José Luis Martí, eds., *Legal Republicanism* (Oxford: Oxford University Press, 2009); Richard Dagger, “Republicanism and Crime”, en *Legal Republicanism*, eds. Samantha Besson y José Luis Martí (Oxford: Oxford University Press, 2009), 147; Antony Duff, *Punishment, Communication, and Community* (Oxford: Oxford University Press, 2001); Tony F. Marshall, *Restorative Justice: An Overview* (London: Home Office Research Development and Statistics Directorate, 1999); Philip Pettit, “Republicanism Theory and Criminal Punishment”, *Utilitas* 9, no. 1 (marzo, 1997): 59 y Philip Pettit, *Republicanism: a theory of freedom and government* (Oxford: Oxford University Press, 1997); Lode Walgrave, “Restorative Justice and the Republican Theory of Criminal Justice: An exercise in normative theorizing on restorative justice”, en *Restorative Justice: Philosophy to practise*, eds. Heather Strang y John Braithwaite (Burlington: Ashgate, 2000), 165.

⁶ Ver sobre todo John Braithwaite y Philip Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law* (Oxford: Clarendon Press, 1990), que cuenta con una traducción al castellano publicada por la editorial Siglo.

Una teoría republicana, preocupada por la auto-determinación y la integración social, quiere que las normas que rijan en la comunidad sean escogidas por esa propia comunidad. De todos modos, la afirmación del autogobierno no implica decir que cualquier norma originada en una cierta comunidad jurídica resulta, en principio, y por ello mismo, incuestionable: lo será, en todo caso, en la medida en que sea el resultado de un acuerdo comunitario profundo. El republicanismo valora el acuerdo colectivo, entendido a la luz de una noción como la que defendiera Rousseau acerca de la “voluntad general”: lo que importa saber es si todos se sienten como co-legisladores, como co-autores de las normas que rigen sus vidas⁷. Y ello, muy especialmente, en un área como la del derecho penal, en donde se evidencia cuáles son las conductas que la comunidad está dispuesta a reprochar, en ocasiones, a través de penas severas⁸.

En sintonía con los criterios anteriores, el republicanismo tiende a defender un derecho penal menos coercitivo e intrusivo, más interesado en el reproche que en el castigo, y más preocupado, finalmente, por la modificación de pautas de comportamiento y por la integración social. Se asume aquí como un mal la posibilidad de que el Estado aparezca como un mero agente represivo, desvinculado de la sociedad civil, y orientado con los fines que le impone una burocracia, una elite política, o ciertos grupos de presión económicamente poderosos. La idea, más bien, es que las normas no constituyan un producto respecto del cual los ciudadanos se consideren ajenos –un producto respecto del cual la comunidad se encuentre alienada: las normas deben hallarse internalizadas en la ciudadanía. Los ciudadanos deben comprender y aceptar el contenido de esas normas, y no ser meras víctimas o testigos de las mismas. Ellos, finalmente, deberán rehusarse a cometer conductas reprochables porque reconozcan en ellas formas de comportamiento injusto, y no por un mero cálculo de costos y beneficios a partir

XXI. Una buena introducción en castellano en Juan González Bertomeu, “Aportes para la discusión de una teoría del castigo: el enfoque republicano de Philip Pettit y John Braithwaite”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 7, (2006), disponible en http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=1714&id_item_menu=3558. Ver también John Braithwaite y Philip Pettit, “Republicanism and Restorative Justice: An Explanatory and Normative Connection”, en *Restorative Justice: Philosophy to practise*, eds. Heather Strang y John Braithwaite (Burlington: Ashgate, 2000); John Braithwaite y Philip Pettit, “Republican Criminology and Victim Advocacy: Comment”, *Law & Society Review* 28, no. 4 (1994): 765-776; John Braithwaite, “Restorative Justice and Social Justice”, *Saskatchewan Law Review* 63, no. 1 (septiembre, 1991): 185.

⁷ La visión democrática que de aquí se desprende no necesita afirmar, en cambio, los componentes “homogeneizadores”, antes que pluralistas, que habitualmente se asocian al pensamiento de Rousseau. Es justamente en razón de las condiciones de “razonable pluralismo” que existen en nuestras sociedades, que se torna más necesario el debate inclusivo, entre iguales, acerca de las cosas que más nos importan: necesitamos ponernos de acuerdo sobre todo, y mucho más sobre cuestiones que refieren al uso de los medios coercitivos a cargo del Estado.

⁸ La teoría “consensualista” de la pena, desarrollada por Carlos Nino, tiene indudables contactos con esta postura. Ver, por ejemplo, Carlos Nino, *Los límites de la responsabilidad penal* (Buenos Aires: Astrea, 1980) y Carlos Nino, *Ética y Derechos Humanos* (Buenos Aires: Astrea, 1989).

del cual reconozcan la gravedad de la sanción que se les promete.⁹

Este acuerdo colectivo en torno a las normas que se van a aplicar sobre cada uno de los integrantes de la sociedad, será acreedor de un mayor respeto en la medida en que el mismo –como diría John Rawls– sea más amplio y más profundo¹⁰. Esto es, el acuerdo ganará en valor y justificación en la medida en que abarque a más personas y tenga más que ver con las convicciones más asentadas de las mismas. Esta preocupación por la calidad de los acuerdos que se celebran ha llevado a muchos autores cercanos al republicanismo a poner la atención en los procedimientos *deliberativos* de toma de decisiones. Conforme con esta noción deliberativa, una decisión imparcial, para serlo, requiere de un proceso previo de discusión. Esta discusión debe reunir ciertas características básicas: debe ser abierta; debe incluir a todas las personas potencialmente afectadas por la decisión que va a tomarse; debe basarse en una previa provisión de toda la información relevante; debe garantizar la expresión de los distintos puntos de vista existentes en la comunidad (y, muy especialmente, la expresión de las voces más críticas); debe asegurar que todos los argumentos desechados lo sean a partir de una justificación adecuada y debe concluir con una decisión fundada en razones públicamente aceptables. Por supuesto, estas exigencias son de muy difícil consecución en sociedades como la nuestra. Sin embargo, ellas marcan un ideal regulativo que se sugiere alcanzar para fortalecer la respetabilidad de las normas legales vigentes: cuanto menos se cumplan las exigencias hasta aquí definidas, menores razones habrá para adherir al derecho vigente, y para esperar el respeto pleno del mismo.

La idea que mueve a una estrategia como la descrita, en definitiva, es la de quitarle al Estado una buena porción del poder represivo que aún hoy –y cada vez más– atesora para sí. La idea es devolverle a la comunidad parte de ese poder, actualmente expropiado, de modo tal que los centros básicos de socialización adquieran o recuperen un papel central en la práctica del control penal: la tarea del control, así, en parte se atomiza y en parte resulta disuelta. Los republicanos ven como necesaria esta mayor participación de los órganos comunitarios, entre otras razones, porque el trabajo de los mismos promete favorecer la internalización del reproche público por parte del victimario. Al republicano le interesa más

⁹ En la defensa de su teoría “consensualista” de la pena, Carlos Nino parecía reproducir algunas de aquellas básicas preocupaciones republicanas. Así decía, por ejemplo, que “[la] imposición a un individuo de un deber, carga o sacrificio socialmente útil o beneficioso para un tercero está *prima facie* justificada si es consentida por aquél en forma libre y consciente.” Carlos Nino, *Ética y Derechos Humanos*, 455. El agente, además, “debe prever esa consecuencia [el reproche penal] como un efecto necesario de su acto (o estar dispuesto a actuar lo mismo en el caso en que lo previera como necesario) y no como un efecto meramente posible.” Carlos Nino, *Ética y Derechos Humanos*, 456. Ver también John Braithwaite y Philip Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*, 86 en adelante.

¹⁰ John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993).

este autorreconocimiento de que se ha cometido una falta, que el castigo de la misma; la reintegración del que ha delinquido, más que su aislamiento respecto del resto de la sociedad. En tal sentido –podría aventurarse– tiende a desalentar tanto las penas que impliquen un castigo físico, como las que impliquen el cercenamiento de la libertad, frente a otras vinculadas, por caso, con las compensaciones que pueda hacer el victimario hacia la comunidad o la víctima del delito¹¹.

Por supuesto, necesitamos todavía recorrer un largo camino –teórico y práctico– antes de poder reconocer con precisión de qué modo podría ponerse en marcha el proyecto penal republicano, en sociedades como la nuestra. Ello no obsta, sin embargo, a que tomemos los principios básicos que esta concepción propone (su énfasis en la integración social, la intervención estatal, el cultivo de virtudes cívicas, la participación ciudadana en la decisión de los principales temas de la agenda pública; etc.), como conformando un ideal regulativo capaz de ayudarnos a reflexionar críticamente sobre las concepciones penales dominantes en nuestra sociedad, o en nuestra comunidad académica. Ésta es, finalmente, la tarea que voy a emprender de aquí en más: utilizar a la teoría penal republicana como punto de mira desde donde pensar y evaluar una concepción penal particular, como la avanzada por Raúl Zaffaroni.

4. Crítica a las respuestas penales excluyentes: La teoría de Zaffaroni

La crítica republicana es especialmente poderosa, según entiendo, frente al tipo de respuestas excluyentes que resultan dominantes en ámbitos como el nuestro. Dicha crítica no excluye a respuestas más atractivas, como las que provienen del trabajo del profesor Raúl Zaffaroni, es decir, respuestas que frente a la pena, pretenden “limitarla y...limitar su violencia”^{12, 13}.

La de Zaffaroni es, sin dudas, una de las miradas más interesantes que pueden encontrarse en Latinoamérica sobre la pena. Por ello mismo, resulta especialmente importante advertir de qué modo su postura se separa de la que el republicanismo sostiene: tanto por lo que propone como por lo que no propone.

En su *Tratado de derecho penal*, Zaffaroni defiende una posición agnóstica sobre la pena¹⁴. Defender una posición agnóstica significa, en este caso, resistir la vasta mayoría de

¹¹ Así, en John Braithwaite y Philip Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*.

¹² Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas: legitimación y dogmático jurídico-penal* (Buenos Aires: Ediar, 2003), 282.

¹³ Tomo parte de esta sección de Roberto Gargarella, “Mano dura sobre el castigo, I” *Nueva Doctrina Penal* 2 (2007): 451-473.

¹⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal* (Buenos Aires: Ediar, 1988).

doctrinas “justificadoras” de la pena, que dominan el escenario criminológico. De un modo u otro, nos diría Zaffaroni, todas ellas buscan proveer de racionalidad, sentido y finalmente legitimidad a la pena.

Para Zaffaroni, en cambio, la pena es “irracional” y proviene de un “hecho de poder violento más amplio,” por lo cual “se impone la necesidad de extremar el esfuerzo jurídico por limitarla.”¹⁵. Para llegar a tal conclusión, Zaffaroni sigue el camino inverso del que se proponen la mayoría de los tratadistas con los que discute: en lugar de partir de una concepción abstracta acerca de cómo podría o debería funcionar la pena en condiciones ideales, él parte de la cruda descripción del funcionamiento de nuestros sistemas penales actuales, aquí y ahora. Y lo que encuentra es –no hay sorpresa en ello– un sistema violento, que discrimina, castiga sin razones, y sobre todo, *selecciona* a sus víctimas, de forma tal de terminar utilizando la fuerza, fundamentalmente, contra los grupos más débiles o vulnerables de la sociedad.

Dicho proceso de selección encarado por el sistema penal, conforme a Zaffaroni tiene a dos actores fundamentales. Por un lado, a las agencias policiales, y por el otro, a las agencias judiciales. A las primeras, Zaffaroni las describe como son, o suelen serlo en una mayoría de nuestras sociedades: un poder verticalizado, violento, jerárquico, militarizado, burocrático, dispuesto livianamente a utilizar su fuerza contra los más pobres (“gatillo fácil”), y fuertemente vinculado con la producción del crimen. A las agencias judiciales, en cambio, Zaffaroni las presenta más cerca de lo que pueden o deben ser: una agencia consciente de la selectividad propia del sistema penal, que procura resistir tales sesgos (por caso, a través de la utilización de categorías tales como las de la insignificancia o la vulnerabilidad), que se orienta a dotar de racionalidad a un proceso marcado por la irracionalidad, que resiste los impulsos autoritarios del sistema, que limita la represión penal fogueada desde las empresas mediáticas; que establece barreras frente al poder punitivo estatal. En dicho proceso –reconoce Zaffaroni– la agencia judicial admite el uso de la coerción penal en casos muy localizados, circunscriptos, en donde el uso de la fuerza estatal aparece como más racional o menos cuestionable. Se trata de concesiones que realiza el poder judicial con el objeto, finalmente, de no terminar deslegitimado, aplastado bajo el avance arrollador del Estado policial y represivo (es lo que ocurriría –predice– si la justicia no hiciera este tipo de concesiones). Para definir el papel que le toca jugar a la justicia en tales casos, Zaffaroni recurre a la famosa imagen de la Cruz Roja, que en medio de una guerra no legitima el uso de

¹⁵ Raúl Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, 282.

la fuerza, sino que procura minimizar los daños que la guerra provoca (examinaré con detenimiento esta metáfora, más adelante).

La idea de Zaffaroni es, en definitiva, que la agencia judicial extreme esos esfuerzos dirigidos a minimizar el uso de esa maquinaria de violencia activada por el Estado, particularmente en protección de aquellos en “posición o estado de vulnerabilidad”¹⁶. Actuando de este modo, y sólo en ese caso, puede decirse que el poder judicial se comporta racionalmente. En sus términos, “en la pugna ética de la agencia judicial por poner límites a la irracionalidad del hecho de poder con que se enfrenta, es racional que ésta se dedique con mayor interés a limitar la violencia que se ejerce sobre las personas que menores aportes han hecho al reforzamiento de la misma violencia de que son objeto”¹⁷.

5. La teoría de Zaffaroni frente al republicanismo: ¿Castigo para favorecer al castigado?

La respuesta republicana, fundamentalmente crítica frente a posturas como las que objeta Zaffaroni, también se diferenciaría de la que sostiene el profesor argentino. Por un lado, el republicanismo penal no propone la minimización de la violencia o el retiro del Estado, sino contribuir a la integración social de los vulnerables del sistema, y el fortalecimiento de los vínculos interpersonales. Para el republicanismo, el aparato estatal en su totalidad –todas sus agencias– debe comprometerse directamente con dicho objetivo. Desde este punto de vista, un poder judicial/penal que propicia el retiro estatal no cumple apropiadamente con su tarea. Lo que al juez debe interesarle no es dejar en libertad al más vulnerable, levantando o minimizando la persecución penal sobre los individuos o grupos más estereotipados o marginados. No basta, desde el punto de vista del republicanismo, con echar de nuevo a la calle a aquel que en la calle suele estar –y, previsiblemente, volverá a ser– perseguido y marginado (siendo, a la vez, inaceptable retenerlo en prisión ante la presencia de este riesgo –un reclamo que conviene anticipar, en razón del tipo de jurisprudencia auspiciada, conforme veremos, por el profesor argentino). De lo que se trata es de bloquear la posibilidad de que siga siendo perseguido o tratado como un marginado social. Se asume, por lo demás, que los funcionarios judiciales tienen suficientes poderes como para intervenir en dichos casos impulsando, desde su particular lugar, medidas integrativas. Por caso, el juez que decide no

¹⁶ Ello, frente a un derecho que suele cargar su violencia, especialmente, frente a tales personas, “seleccionadas” “por su sola pertenencia a una clase, grupo, estrato social, minoría, etc.” Raúl Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, 277.

¹⁷ Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, 282; también en Raúl Eugenio Zaffaroni, *El enemigo del derecho penal* (Buenos Aires: Ediar, 2006), 167.

criminalizar a los droga-dependientes actúa de modo apropiado, a la luz del brutalismo penal que elige encerrar a aquellos. Sin embargo, desde el punto de vista republicano, su accionar es reprochable porque actuando de ese modo se convierte en cómplice de una maquinaria a la que, finalmente, alimenta y ayuda a mantener funcionando. En una mayoría de casos –pienso en los sectores de jóvenes socialmente marginados que encuentran en el consumo de estupefacientes un último refugio frente a una sociedad que los ha expulsado– la mera devolución del individuo a la calle sólo implica volver a reiniciar el ciclo represivo, y no ayudar a ponerle término. En dichos casos, la libertad dispuesta judicialmente es elemento necesario, pero en absoluto suficiente, de la respuesta reclamada por el republicanismo.

De todos modos, mi impresión es que lo que aquí está en juego son diferencias todavía mayores entre el republicanismo y propuestas como las sugeridas por Zaffaroni, a pesar de que desde ambos tipos de posturas se podrían avanzar críticas comunes frente a la mayoría de las teorías que hoy circulan en el área penal. La postura de Zaffaroni resulta dependiente de una concepción histórico-sociológica particular, que deja al poder judicial enfrentado a limitaciones extraordinarias, que sólo le permitirían circunscribir, antes que desactivar, el aparato de la violencia ilegítima vigente. Así, Zaffaroni ve tan limitado el margen de acción de la justicia que, para él, las agencias judiciales no pueden sino comprometerse con el derecho represivo existente, y administrar “racionalmente” dicha represión, aún cuando sus integrantes deban ocuparse de minimizar esos poderes represivos en la medida en que puedan, y aún cuando no lleguen nunca a justificar argumentativamente la violencia que finalmente aplican. Más gravemente aún, Zaffaroni considera que, actuando de ese modo, los jueces se comportan éticamente. Quisiera adelantar que, desde la particular postura que aquí se defiende, jamás puede considerarse moral ni jurídicamente aceptable un accionar judicial que implique la aplicación, aún en dosis módicas, de violencia injustificada. Para Zaffaroni, “[l]a necesidad [...] obliga a la agencia judicial a pautar el máximo de intensidad que puede tolerar en ejercicio de su responsabilidad criminalizante conforme a un orden prioritario que atienda al nivel de culpabilidad por la vulnerabilidad de cada persona seleccionada por el poder de las restantes agencias del sistema penal, lo que confiere éticidad a su decisión sin que implique reconocérsela a la violencia reproductora que no tiene poder para eliminar”¹⁸.

La “necesidad” de la que habla Zaffaroni tendría su origen, especialmente, “en las “restantes agencias y, en especial, el formidable aparato de propaganda del sistema penal con su invención de la realidad” que –en caso de que los jueces se excedieran de los márgenes

¹⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, 284 (destacado en el propio original).

permitidos— “se ocuparían de aniquilar a la agencia y a sus legítimas tentativas limitadoras, apuntalando su ejercicio de poder deslegitimado y poniendo en peligro toda la empresa judicial de limitación de la violencia”¹⁹. Y la presión externa sobre los jueces sería tan grave que convertiría en éticamente irreprochable aún la decisión del juez de mantener encerrado a alguien “más allá del límite indicado por su esfuerzo por la vulnerabilidad” (es decir, por su culpabilidad), si es que el juez cree que existe un grado muy alto de probabilidades que esa persona sea “ejecutada por alguna agencia del sistema penal” (i.e., una policía descontrolada) —una posibilidad que él considera “realidad operativa de nuestros sistemas penales”²⁰.

Este mundo judicial, en donde los magistrados cotidianamente aplicarían un derecho injusto, impondrían violencia (con criterios de selectividad renovados) y podrían llegar a disponer privaciones de la libertad aún más extensas que las establecidas por esa normativa injustificada, resulta ajeno al mundo imaginado por el republicanismo. En dicha situación de “necesidad” extrema, el juez republicano debería directamente confrontar la legislación vigente, en lugar de hacer más tolerables, humanos o contenidos los niveles de esa injusticia. En particular, si fuera cierta la descripción del derecho penal que autores como Zaffaroni podrían proponer —el derecho penal como derecho violento, irracional e ilegítimo— luego, la obligación del juez no podría ser nunca la de aplicar dosis moderadas de ese derecho violento, irracional e ilegítimo. En tal caso, la obligación del juez no podría ser otra que la de dejar absolutamente de respaldar ese derecho, para aplicar, en todo caso, otras medidas no contaminadas de esa inaceptable injusticia. En tal sentido, la respuesta favorable al mantenimiento de niveles bajos de coerción estatal resulta llamativa y en principio implausible. Ello así, *como si luego de identificar a la tortura, apropiadamente, como una aberración jurídica, aceptáramos aplicar dosis moderadas de tortura: frente a la tortura, la única respuesta estatal razonable es la de su rechazo incondicional*. Mucho más si —como nos ocurre— tenemos a mano formas de reproche no excluyentes, no represivas y eficientes, como las vinculadas con la justicia restaurativa, medidas que (por más que merezcan reparos y mayores reflexiones) están desvinculadas de los irreparables, demoledores defectos que podemos asociar con el derecho penal actualmente existente.

La idea de que un juez deba mantener encerrado a alguien “más allá del límite indicado por su esfuerzo por la vulnerabilidad” si el juez cree que esa persona pueda ser “ejecutada por alguna agencia del sistema penal” (una idea que es, desde el punto de vista republicano, inconcebible y aberrante), no ha sido extraña a la jurisprudencia impulsada por Zaffaroni

¹⁹ Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, 284.

²⁰ Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, 288.

desde la Corte Suprema. Así, en el sorprendente caso “*García Méndez-Musa*”, del 2.12.2008²¹, la Corte legitimó el decreto de la dictadura militar 22.278 de 1980 (Régimen Penal de la Minoridad vigente), que autoriza al recurso de la privación de libertad en cárceles de menores justamente para “aquellos que el propio decreto de la dictadura designa no sólo como inimputables sino también como no punibles”²². Zaffaroni –como lo haría también la Dra. Argibay, en el fallo y en declaraciones posteriores– avalaría dicho fallo en afirmaciones públicas pronunciadas poco después de producida la sentencia, para afirmar que a esos menores les convenía quedar presos ya que “estaban marcados para morir por la policía”. Esto es decir, la cárcel pasaba a ser el refugio y resguardo que el Estado reservaba para los vulnerables, inimputables menores, con el objeto de preservarlos de la violencia criminal propia de la policía sostenida por ese mismo Estado²³. El caso expresaba así, en la práctica, y del modo más grave y dramático, las implicaciones de la doctrina presentada por Zaffaroni en materia de castigo estatal.²⁴

6. Sobre la función que le corresponde al juez penal. Justicia penal y democracia

Una y otra vez, cuando Zaffaroni debe hablar acerca de la tarea del juez penal, recurre a una promisorio pero muy problemática metáfora (que ya he adelantado más arriba) a través de la cual compara a la tarea del juez con la que lleva adelante la “Cruz Roja”, en medio de

²¹ CSJN, “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa *García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537*”, 2008, *fallos* 331:2691.

²² Emilio García Méndez, “Retrosceso en la justicia penal para jóvenes”, *Clarín*, 16 de septiembre 2011, disponible en http://www.clarin.com/opinion/Retroceso-Justicia-penal-jovenes_0_555544531.html (consultado por última vez el 10 de junio 2013).

²³ Emilio García Méndez, “En defensa del profesor Raúl Zaffaroni: Menores y responsabilidad penal”, *Fundación Sur Argentina*, 2 de febrero 2011, disponible en <http://surargentina.org.ar/noticias/en-defensa-del-profesor-raul-zaffaroni-menores-y-responsabilidad-penal/> (consultado por última vez el 10 de junio 2013).

²⁴ Lo dicho hasta aquí no es del todo ajeno a propuestas de “derecho penal mínimo” como las avanzadas por el lúcido y prestigioso profesor italiano Luigi Ferrajoli. La descripción que realiza Ferrajoli sobre el derecho penal realmente existente resulta paralela, en sus rasgos esenciales, de la presentada por Zaffaroni. Y su justificación de la pena no deja de compartir, con la de aquél, algunos problemas significativos. Ante todo, y como en el caso del profesor argentino, cuando uno toma conciencia de los gravísimos rasgos que distinguen a la pena –y Ferrajoli, como Zaffaroni, describe a la pena del modo más crudo– luego, su justificación se torna especialmente difícil. En particular, si se parte de una descripción tan severa sobre la pena, resulta problemático admitir que el “fundamental fin justificador del derecho penal” es el de evitar la “mayor reacción” que la falta de penas podría generar sobre los acusados de una cierta ofensa y sus allegados (ello, sobre todo, si no se respalda con datos empíricos contundentes la conexión causal que existiría entre ausencia de penas –que no es lo mismo que ausencia de reproche estatal- y venganza privada). En todo caso, si lo que se quiere es evitar los riesgos de la venganza privada ¿por qué no diseñar entonces estrategias protectivas sobre los acusados o responsables de ciertas ofensas, en lugar de encerrar a estos últimos, privándolos de sus libertades más básicas? Otra vez, descripciones tan críticas de la pena requieren de justificaciones extraordinarias, si se quiere mostrar a la misma, a pesar de todo, como una herramienta necesaria. Véase Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo* (Madrid: Trotta, 2008).

un conflicto bélico²⁵. Un ejemplo paradigmático de esta asociación aparece en el siguiente reportaje, en donde Zaffaroni sostuvo lo siguiente: “Hay que mantener la venganza encarrilada, que no se salga de madre, porque si se sale de curso, esa pulsión vindicativa crece y se va al genocidio. El poder punitivo será irracional, pero tenemos que ser racionales en la contención; es algo así como la Cruz Roja con la guerra. Yo no le puedo imputar a la Cruz Roja que no suprima la guerra porque no tiene poder para hacerlo, pero sí le puedo exigir que agote su poder de contención de las formas más crueles y sangrientas de la guerra: que no maten a los prisioneros y que no bombardeen los hospitales. Nosotros no podemos hacer desaparecer el poder punitivo, lo que tenemos que hacer es como la Cruz Roja. Los jueces somos la Cruz Roja de la política²⁶.”

Por supuesto, resulta entendible que Zaffaroni quiera utilizar una metáfora como la de la Cruz Roja, ya que ella le permite asociar a los jueces penales con la imagen angelical, salvífica, más bien heroica, de los médicos de organización internacional. Lo cierto es que el paralelismo es enormemente problemático. Son tantas y tan importantes las des-analogías entre una situación y la otra, que se torna difícil explicar cómo es que Zaffaroni puede insistir con el recurso a dicha comparación –salvo, por la voluntad de seguir forzando la presencia de aquella imagen épica.

Una modesta lista de las diferencias entre la presencia de los médicos de la Cruz Roja, y la del juez penal puede resultar de utilidad.

- El médico aplica todo su saber y ciencia para eliminar el dolor. La pena que administra el juez es, directamente (en la definición clásica, de H.Hart), la imposición deliberada de dolor.
- La función de la Cruz Roja es –como lo señala el propio Zaffaroni– fundamentalmente, reparadora. La función del derecho penal es, fundamentalmente, la de regular la imposición de castigos. El médico dedica todas sus energías al cuidado y recuperación de la víctima de la violencia. El derecho penal es completamente ajeno a las funciones de cuidado: normalmente, encierra o deja libre a un acusado.

²⁵ Entre muchísimos ejemplos, pueden verse notas como las siguientes (consultados todos por última vez el 10 de Junio del 2013): “Zaffaroni: La función de los jueces es ser una especie de Cruz Roja”, *Terra*, 29 de marzo 2012, disponible en: <http://noticias.terra.com.ar/politica/zaffaroni-la-funcion-de-los-jueces-es-ser-una-especie-de-cruz-roja.5eb6c59e9f066310VgnVCM4000009bcecb0aRCRD.html> ; Marco Díaz Muñoz, “Eugenio Raúl Zaffaroni: No hay nada mejor para el poder que hacerle creer a un estúpido que tiene poder, y sobre todo si es juez federal...”, *COPENOA: Agencia de Noticias del Norte Argentino*, 9 de noviembre 2007, disponible en <http://www.copenoa.com.ar/Eugenio-Raul-Zaffaroni-No-hay-nada.html> ; Juan Salinas, “Para Zaffaroni, la función del derecho penal es enroscarle la víbora a la gente”, *La Capital*, 22 de noviembre de 2000, disponible en http://archivo.lacapital.com.ar/2000/11/22/articulo_64.html

²⁶ Silvina Freira, “Las claves de la cuestión criminal [Reportaje a Eugenio Raúl Zaffaroni]”. *Página 12*, 22 de mayo 2011, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-168604-2011-05-22.html> (consultado por última vez el 10 de junio de 2013).

- La ambulancia retira del conflictivo campo de batalla a aquellos a quienes atiende. El juez penal regularmente los conduce al centro (sino, a uno de los peores centros) de ese conflicto: la cárcel. La comparación apropiada se daría en el caso de que el médico de la Cruz Roja, regularmente, derivara a sus pacientes al cuidado del grupo que los lastimara, luego de limpiarles las heridas.
- La Cruz Roja, como dice Zaffaroni, interviene en el medio de una guerra entre dos bandos opuestos. La imagen de la guerra y de los dos bandos es por completo inapropiada e inaceptable, a la hora de pensar en la sociedad, el Estado y el crimen.
- La Cruz Roja se distingue por su neutralidad frente a todas las partes. El juez penal es un órgano del Estado, que actúa en su nombre y se encarga de asegurar la imposición de sus leyes en casos conflictivos.
- En un sentido figurado, la Cruz Roja interviene para lograr que quienes manejan las armas (cito a Zaffaroni) “no maten a los prisioneros y...no bombardeen a los hospitales”²⁷. Otra vez, la metáfora no resulta pertinente para describir la actividad del juez penal, salvo en aplicaciones que uno consideraría aberrantes, como la referida en relación al caso “*García Méndez-Musa*”.
- Como dice Zaffaroni, uno “no le puede imputar a la Cruz Roja que no suprima la guerra, porque no tiene poder para hacerlo”: simplemente, el médico de la Cruz Roja no puede hacer nada para frenar la violencia. En cambio, uno sí puede imputarle al juez penal que no frene los tremendos grados de violencia que sí está en condiciones de frenar, pero que en cambio, regularmente legitima, alimenta y avala (a través de institutos de menores, hospitales psiquiátricos, penitenciarías, cárceles).
- Por todo lo dicho, el sujeto principal de la intervención de la Cruz Roja –el herido– reclama y celebra la llegada del médico, y tiene todas las razones para hacerlo. El sujeto con quien va a trabajar el juez penal, en cambio, tiene razones para desconfiar y temer la decisión de éste.

Más allá de las claras des-analogías existentes, las afirmaciones e implícitos que incorpora y rodean a la cita con la que abriéramos esta sección, merecen una reflexión más detenida. Ante todo, debiera decirse que la idea conforme a la cual puede justificarse la pena (incluyendo a la privación de libertad) al criminal, para impedir daños mucho mayores, derivados de la venganza privada (una idea que también es típica en el pensamiento de Luigi Ferrajoli) resulta especialmente inatractiva. Zaffaroni –en citas como la referida– lleva esa amenaza al extremo: si no castigamos, en ciertos casos, directamente llegamos al descontrol

²⁷ Silvana Freira, “Las claves de la cuestión criminal”.

de las pulsiones punitivas, y aún al genocidio (sic). Es un problema, por lo demás, que propuestas extremas como la referida aparezcan presentadas como si ellas derivaran, simplemente, del rincón de la racionalidad y la eticidad –como si debiéramos penar en ciertos casos porque es lo más sensato, y porque es lo más justo.

Debiera resultar claro, asimismo, que empíricamente, apelaciones catastrofistas como la citada no están bien apoyadas, ni pueden formar parte –sin ese apoyo– de un ejercicio argumentativo atractivo. Por supuesto, uno puede entender que la carga de producir prueba empírica es muy pesada, sobre todo en casos como el referido, que pretenden involucrar a los modos de reacción habituales de una sociedad. Zaffaroni es consciente de estas dificultades, y por ello no extraña que en su momento se quejara de la exigencia de pruebas empíricas que le formulara en su momento Carlos Nino, en el debate que tuvieron ambos. Zaffaroni consideró entonces que se le estaban reclamando “pruebas complejísimas” de difícil verificación empírica²⁸. Pues bien, si éste es nuevamente el caso –si estamos, otra vez, frente a afirmaciones que requieren “pruebas complejísimas” de obtención casi imposible– entonces, mejor no realizar apreciaciones tan extremas y contundentes, respaldadas en datos que no estamos en condiciones de obtener (y que, agregaría, el sentido común no acompaña). La conexión que existe entre el hecho de no castigar –o el hecho de no castigar en los modos en que solemos hacerlo– y la liberación de las fuerzas punitivas de la sociedad (para no hablar del genocidio) dista de ser obvia. Por ello mismo, y para el “mientras tanto”, la justificación del castigo debe buscar otro tipo de apoyo argumentativo, ya que el respaldo que hoy se ofrece para sostenerlo resulta por completo implausible.

Por lo demás, conocemos la historia de nuestro propio país, que nos dice que a pesar de haber conocido las más graves violaciones de derechos humanos, la impunidad y la falta de justicia, de ningún modo se tradujeron en formas salvajes de venganza privada. Muy por el contrario, la sociedad pidió, apasionada pero disciplinadamente, juicio y castigo, hasta conseguirlo.

Es posible reconocer, detrás de las afirmaciones de Zaffaroni, una habitual desconfianza hacia la democracia –en este caso, en la forma de una desconfianza hacia la posibilidad de vincular al derecho penal con la voluntad popular– que es muy común en la doctrina penal liberal (ver, por caso, su presencia en el trabajo de Luigi Ferrajoli). Se asume entonces que cualquier vínculo efectivo entre la ciudadanía y un hecho criminal es susceptible de terminar en hordas que arrasan, espíritus sedientos de venganza, pulsiones violentas,

²⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, et. al., *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires: Ediar, 2002).

incontenibles y extremas (“Hay que mantener la venganza encarrilada, que no se salga de madre, porque si se sale de curso, esa pulsión vindicativa crece y se va al genocidio”²⁹). Claramente, este tipo de posturas contradicen el modo en que el republicanismo piensa a la sociedad, y el modo en que propone re-organizarla. Para el republicanismo penal, de hecho, una de las formas claves para volver a legitimar al derecho penal, y volver a darle sentido, consiste en el tendido de puentes entre la ciudadanía y la creación, aplicación e interpretación del derecho penal. Ello así, porque descansa en las capacidades de la ciudadanía, y en su voluntad para hacerse cargo de sus propios asuntos, en la medida en que ello se haga posible de un modo efectivo. Por ello mismo, para el republicanismo, es necesario volver a asegurar que, de modos diversos, el derecho penal se exprese con la voz meditada de la comunidad. En otros términos, debe impedirse que el derecho penal siga siendo lo que ha sido en sus cientos de años de historia, esto es, la expresión de una elite a favor de sí misma y sus intereses, y en contra de las necesidades y pretensiones de la mayoría del resto de la sociedad.

Suscribir una postura como la citada de ningún modo implica vincular al republicanismo con formas particulares del populismo penal: el populismo descansa en una concepción estrecha y torpe de la democracia, en donde la elite decisora apela a la ciudadanía pero jamás dialoga con ella. Lo que el republicanismo requiere, en cambio, es la recuperación del diálogo que hoy está ausente entre ciudadanos y decisores. Frente a tal reclamo, las resistencias de Zaffaroni –resistencias a establecer conexiones de cualquier tipo entre la cuestión penal y la democracia– resultan habituales, y típicas dentro de la elite doctrinaria penal de nuestra región. Piénsese, por caso, en las particulares razones con que Zaffaroni critica la elección popular de los jueces; o en su reiterado rechazo a la institución del jurado –una iniciativa incorporada en la Constitución argentina desde hace 150 años, pero aún no implementada³⁰. Algo similar puede decirse de su cerrada defensa del control judicial, que lo ha llevado a descalificar ligeramente a toda crítica referida a la “dictadura de los jueces,” al “origen aristocrático de los jueces” o al carácter “no democrático” de la revisión judicial de constitucionalidad; o a juzgar las posiciones de los críticos del control judicial como la de

²⁹ Silvina Freira, “Las claves de la cuestión criminal”.

³⁰ Frente a intentos concretos de poner en práctica la institución del jurado, Zaffaroni sostuvo que debía verse a una iniciativa tal como un “disparate”, capaz de dar lugar a “una demagogia vindicativa y a una corrupción terrible” que permitiría la victoria de “los ignorantes, solventados por intereses de los poderosos o vendidos a ellos” Ver, por ejemplo, Martín Granovsky, “El desafío de repensar lo judicial me entusiasma”, *Página 12*, 14 de enero 2013, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-211819-2013-01-14.html> (consultado por última vez el 8 de junio del 2013). Sin embargo, en Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructuras judiciales* (Buenos Aires: Ediar, 1994), no niega la posibilidad del jurado.

quienes defienden la “democracia para aniquilar la democracia”³¹. Considérese, también, las posturas que dejara de manifiesto en ocasión de la (recientemente) propuesta reforma del Código Penal, en la que participara. La propuesta de reforma no solamente se hizo a puertas cerradas (algo de lo que, en definitiva, no es responsable Zaffaroni), sino que se mantuvo alejada de la ciudadanía, luego de concluida. En dicho respecto, Zaffaroni siempre procuró dejar en claro que la reforma debía discutirse en un marco de “seriedad”³², entre especialistas y técnicos; que ella no podía pasar a debatirse popularmente “en las esquinas” o en “los medios de comunicación”; y que no podía pretenderse que el Código surgiera de “la voz del pueblo”³³.

Corresponde decir, al respecto, que dicha desconfianza sobre la democracia – manifiesta en áreas diversas del pensamiento penal del juez– tampoco se encuentra justificada, ni desde la teoría ni desde la empiria. En este caso, la falta de sustento es más seria, dado que existen buenos datos que nos permiten negar con cierta tranquilidad lo sostenido por Zaffaroni³⁴.

A pesar de lo dicho, lo cierto es que la citada desconfianza frente a la democracia representa en Zaffaroni un punto crucial en el círculo completo de su argumentación: *porque* la participación democrática en materia penal (se asume) conduce a la irracionalidad y a la violencia (sino directamente al genocidio) es que se explica el papel que se reserva a los jueces (sobre todo en materia penal), el rechazo a los institutos de participación popular (jurado,

³¹ En las pocas oportunidades en que trató sobre el tema, Zaffaroni sostuvo que el control judicial es necesario para “preservar” a la Constitución “de las decisiones de mayorías coyunturales”. Su justificación se basa, simplemente, en la idea de que dicho control es “funcional para la democracia” –una idea también frágil e implausible, que requiere de una apoyatura de la que carece. Ver, por ejemplo, Eugenio Raúl Zaffaroni, “Dimensión política de un poder judicial democrático” (conferencia en seminario sobre Reforma Judicial en el Ecuador. Guayaquil, Ecuador, septiembre 1992). Transcripción en *Cuadernos de derecho penal* 2 (2005): 15, y sobre todo Zaffaroni, *Estructuras judiciales*, 8 y ss.

³² Eugenio Raúl Zaffaroni, “¿Habrà llegado la hora?”, *Tiempo argentino*, 3 de marzo 2014, disponible en <http://tiempo.infonews.com/2014/03/03/editorial-119794-habra-llegado-la-hora.php> (consultado por última vez el 8 de junio del 2013).

³³ “Zaffaroni pidió no debatir el nuevo Código Penal ‘en la esquina o en los medios de comunicación’”, *Infobae*, 21 de abril 2014, disponible en <http://www.infobae.com/2014/04/21/1558841-zaffaroni-pidio-no-debatir-el-nuevo-codigo-penal-en-la-esquina-o-los-medios-comunicacion> (consultado por última vez el 7 de junio del 2013).

³⁴ Por ejemplo, los estudios empíricos que se han realizado en torno a las primeras experiencias de jurado, en el país (en el caso en el que pienso, referido a la provincia de Córdoba) nos permiten reconocer que los jurados legos han tendido a ser, sistemáticamente, menos punitivistas que los jurados profesionales. María I. Bergoglio y Santiago A. Amietta, “Las decisiones de jueces y jurados: La dureza del castigo penal según legos y letrados en la experiencia cordobesa”, *Anuario del CIJS* 11 (2008): 585, disponible en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/ar/ar013/index/assoc/D4558.dir/sec11007b.pdf> (consultado por última vez el 10 de junio de 2013); ver también Julian V. Roberts et. al., *Penal Populism and Public Opinion* (Oxford: Oxford University Press, 2002). Es decir, los juicios de Zaffaroni en torno a la democracia y el jurado se muestran, en el mejor caso, como pre-juicios no sustentados, sino directamente falseados a partir de los datos con los que ya contamos.

elección popular de jueces), y finalmente, la necesidad de imponer dosis moderadas de castigo (destinadas a evitar la irrupción fatal e inevitable de la venganza privada).

7. El castigo de los crímenes de lesa humanidad

Zaffaroni presenta su posición en relación con los crímenes de lesa humanidad como excepcional, en el sentido de que para tales situaciones admite castigos que no ve justificados para la mayoría de las restantes. Lo cierto es, sin embargo, que la situación parece ser otra: se advierte una continuidad finalmente punitivista en sus posturas, que su jurisprudencia verifica. De todas formas, también es verdad que para estos casos su teoría se abre a argumentos (plausibles o no) que para otros no admite; y que en esta área ha mostrado más contradicciones que las que han aparecido en otras.

En uno de sus principales y más completos trabajos teóricos (*Derecho Penal. Parte General*), y contra lo que podía esperarse, Zaffaroni apenas habla del tema. De todos modos, allí deja en claro que lo que hace diferente al genocidio de otros crímenes también graves, pasa por la “magnitud” y el nivel de “aberración” propio de los mismos³⁵ En las pocas líneas que reserva a la cuestión Zaffaroni, además, señala que “la magnitud y la significación del conflicto hacen que la sociedad entera lo siga vivenciando, y no sólo las sociedades nacionales, sino la comunidad internacional misma”³⁶. Es importante subrayar este hecho —el de que, en su opinión, “la sociedad entera...siga vivenciando” el crimen de modo cercano— porque esa afirmación empírica es la que va a empezar a hacer todo el trabajo justificativo, en su tardía defensa de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. El argumento de la “vivencia”, de hecho, va a ser el más relevante de los que van a aparecer en su opinión en el fallo *Arancibia Clavel*, para justificar la imprescriptibilidad³⁷ Allí, citando de modo casi textual a su vieja obra, habla de una excepción (a la regla general de la prescriptibilidad) que se funda en que los “crímenes contra la humanidad...tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma”³⁸.

Hechos tales como la especial aberración de los crímenes de lesa humanidad, o el no-

³⁵ Zaffaroni, *Derecho Penal*.

³⁶ Zaffaroni, *Derecho Penal*, 883.

³⁷ Zaffaroni cita también a la costumbre que llega a través del *ius cogens* (habla del “derecho internacional consuetudinario”), y a la “Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”.

³⁸ Así, en el voto del Dr. Zaffaroni junto con la Dra. Highton de Nolasco, en CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita”, 2004, *fallos* 327:3294.

olvido social frente a ellos, ayudan a Zaffaroni a justificar respuestas penales diferentes, frente a estos casos. Sin embargo, como suele ocurrir, el “hecho de la diferencia” –en la medida en que exista– dice poco o nada sobre lo que esa diferencia debe implicar, si es que debería implicar algo, en la práctica. El punto es importante, porque la apelación al “hecho de la diferencia” resulta un atajo común para que cada uno termine proponiendo frente al mismo una particular y pre-fijada respuesta, que el mero hecho de la diferencia no está capacitado para autorizar. En tal sentido, debe decirse, sigue siendo un problema (también) para estos casos, la justificación del castigo particularmente en el marco de aproximaciones al derecho penal como la que es propia de la teoría de Zaffaroni.

Las particulares dificultades del caso aparecen, por un lado, porque cuestiones tales como el “no olvido” pueden extenderse también a otros crímenes (Zaffaroni es consciente de que lo que dice para los crímenes contra la humanidad puede decirse también para crímenes como los de terrorismo, los cometidos por asesinos seriales, etc.³⁹). Ello también, por otro lado, porque ese “estar en la memoria colectiva” no justifica obviamente ni la imprescriptibilidad, ni menos una forma particular de castigo. Y, sobre todo, porque la consistencia interna propia de la visión penal de Zaffaroni podría, simplemente, bloquear la justificación del castigo, aún para estos casos extremos. Ello así, si tenemos en cuenta que su concepción i) considera ilegítimo al poder punitivo; ii) reconoce siempre una grave irracionalidad en el accionar del aparato penal; y iii) entiende que la función del derecho penal es reducir o contener esa pulsión punitiva –encarrilar la venganza, según veíamos.

La manera que encuentra Zaffaroni para encajar todas las piezas no es, sin embargo, la de elaborar –o apelar a– un argumento más abstracto, contundente, definitorio, sino, por el contrario, el descenso hacia la admisión de una irracionalidad que todo lo ampara. Dice el autor: “[n]o hay una irracionalidad intolerable en el ejercicio de una acción penal contra un criminal de lesa humanidad por mucho que hayan pasado los años: sólo existe la irracionalidad propia de todo poder punitivo, que es extremadamente selectivo y productor del mismo hecho sobre cuyo autor recae. El derecho penal no está legitimado para exigir la prescripción de las acciones emergentes de estos delito; por el contrario: si lo hiciese sufriría un grave desmedro ético”⁴⁰. Es decir, la idea es que en estos casos, y con el objeto de no sufrir “un grave desmedro

³⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, “Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad”, *Nueva doctrina penal B* (2000): 483.

Reconoce también que no basta con decir que ese “no olvido,” para los casos de los otros crímenes, resulte “eventual” y no “invariable”, como en el caso de los crímenes de lesa humanidad. Ello, sobre todo, si “en ninguno de ambos disminuye la memoria, ni el reclamo, ni el sentimiento de indignación pública” Zaffaroni, *Nueva Doctrina Penal*, 441 y 442.

⁴⁰ Zaffaroni, *Nueva Doctrina Penal*, 445.

ético,” el derecho penal deja de lado la tarea que asume para todos los demás casos, cual es la de encarrilar la venganza y limitar la violencia. Como sostuviera también en su debate con Nino: en este tipo de casos, nadie puede reprocharle a él (Zaffaroni), un uso “táctico” del derecho penal, o considerar justificado “que se inflija un dolor”⁴¹.

Lo cierto es, sin embargo, que su respuesta deja mucho que desear: en estos casos graves, necesitamos más que nunca –y no menos– que la doctrina penal intervenga y nos ayude a pensar sobre cómo actuar. Podríamos preguntarnos, por ejemplo: ¿tratamos de inculpar a todos los involucrados, o preferimos restringir el uso del derecho penal a las condenas que sean necesarias para que el hecho no se repita? ¿Apostamos por una respuesta que privilegie la obtención de “verdad,” o por otra que maximice el “castigo”?⁴² La solución a este tipo de dilemas no puede ser meramente la creencia de que cada sociedad sabrá resolver: nuestras respuestas dependen de posibilidades, convicciones, argumentos. Y la doctrina penal debe salir, especialmente en estos casos, a colaborar en la forja de esa respuesta colectiva. De hecho, lo peor que puede hacer la doctrina, en estos casos, es taparse los ojos y dejar que los hechos ocurran –una metáfora, en verdad, devastadora, sobre los modos en que actúa el pensamiento penal argentino. Otra vez, la respuesta que nos ofrece Zaffaroni resulta cuestionable, además de chocante, en la medida en que reclama para sí el estar alineada con imperativos éticos que en realidad exigirían una forma de respuesta diferente. Como no resulta claro qué es lo mejor que puede hacerse en estas situaciones; como no resulta nada obvio cuál es el mejor uso estratégico y táctico del derecho penal; como no hay un acuerdo social (ni uno que abarque a la mayoría de las víctimas y allegados) frente al cual simplemente entregarse; el deber ético de la doctrina penal es el de ayudar a echar luz sobre este panorama lleno de dolor y penumbras. La doctrina penal no es socialmente irrelevante, ni teóricamente inocua, como para, simplemente retirarse de la escena y dejar que las pulsiones punitivas fluyan sin límites en estos casos extremos.

⁴¹ En sus términos: “En cuanto al genocidio, creo que nadie afirma seriamente que si Europa no sigue hoy a otro Führer es debido al efecto preventivo general de Nuremberg. Me parece que la cuestión es otra: cuando nos hallamos frente a conflictos tan aberrantes que por su magnitud y brutalidad no tienen solución, ¿quién puede reprochar que se inflija un dolor a los pocos causantes que se oponen al alcance del reducido poder punitivo? En estos casos la punición no pasaría de ser una forma de lo que hoy se llamaría ‘uso alternativo del derecho,’ que siempre se ha practicado”. Y también, “es claro que podemos coincidir coyunturalmente y usar ese poder en forma táctica y nadie puede reprochármelo frente al genocidio (cuya impunidad no hace más que confirmar mi tesis de la extremista selectividad, violencia, corrupción y reproducción), pero en una visión macrosocial esto no es racional (y la planificación de la solución de los conflictos es una cuestión macrosocial” Eugenio Raúl Zaffaroni, “Debate entre Carlos Nino y Eugenio Zaffaroni,” *No Hay Derecho* II, no.5 (1992).

⁴² Claudia Hilb, *Los usos del pasado* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2013).

8. Coda. Crímenes de lesa humanidad y exclusión: Un ejemplo de las diferencias con el pensamiento republicano

En esta coda final, voy a referirme a un ejemplo concreto, relevante, y más o menos cercano –ejemplo relacionado con los crímenes masivos, y en el que Zaffaroni jugara un papel protagónico– por considerar que el mismo nos permitirá entender mejor las diferencias entre la visión del profesor argentino, y la postura republicana.

Como sabemos, durante los años de la dictadura, distintas personas participaron de dicha estructura represiva de distinta manera y con distintos niveles de responsabilidad. Muchos de los imputados han sido ya condenados, y muchos otros –condenados o no– se encuentran en prisión, en respuesta a las faltas cometidas o los crímenes de los que se los acusa⁴³. En todo caso, el hecho es que algunos de los que se encuentran en prisión solicitaron participar en los cursos que dicta la Universidad de Buenos Aires (UBA) dentro de las cárceles, para dedicar al estudio parte del tiempo que pasan privados de libertad. Sin embargo, sorprendentemente, la UBA rechazó esa posibilidad, siguiendo lo sugerido por una Comisión Ad Hoc, que encabezara Zaffaroni⁴⁴. La respuesta, que ahora presentaré con más detalle, volvía a dejar en claro los rasgos excluyentes (examinados más arriba) propios de una teoría del castigo como la propuesta por Zaffaroni.

Conforme a lo manifestado por la Comisión, quienes desean incorporarse a la comunidad universitaria no deben satisfacer, simplemente, ciertas pautas formales, sino además llevar adelante un tipo de conducta que no sea “destructiva o lesiva a la existencia misma de la comunidad”. Para la Comisión, los demandantes del caso eran sostenedores de “una tesis negacionista de los delitos que han victimizado masivamente a miembros de la comunidad universitaria a la que pretenden incorporarse”, por lo cual la UBA no podía “permitir que éstos se incorporen a ella portando un discurso negacionista que pretenda legitimar esos delitos”. Se trataba, concluyó la Comisión, de un discurso “disolvente del espíritu comunitario que debe animarla conforme a la tradición universitaria mundial de todos los tiempos”.

⁴³ Aunque aquí no voy a ocuparme del tema, sí mencionaría que hay problemas teóricos serios para justificar que la justicia (incluyendo la Corte Suprema actual, con la firma del Dr. Zaffaroni, en el caso CSJN, “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación”, 2012, *fallos* 335:533 acepte –como ha aceptado– la permanencia en prisión por años (en varios casos, por más de una década) de militares acusados pero no condenados por delitos de lesa humanidad.

⁴⁴ “ADUBA saluda y apoya el avance que significa el informe de la comisión especial”, ADUBA Asociación de Docentes de la UBA, disponible en <http://www.aduba.org.ar/uba-xxii-%E2%80%93-los-represores-sin-lugar-en-la-uba/> (consultado el 10 de mayo del 2013). La comisión estuvo conformada por Eugenio Zaffaroni, Raúl Ferreyra, Adriana Puiggrós, José Schulman, Osvaldo Varela y Alfredo Sarmiento

La respuesta dada por la Comisión encabezada por Zaffaroni resulta, desde una perspectiva republicana, exactamente la contraria a la requerida: justamente para éstos –los peores casos– necesitamos hacer los mayores esfuerzos de reinserción social. Debemos tratar a tales personas no como ellos nos trataron, sino del modo exactamente contrario. Básicamente, debemos verlos como sujetos capaces de pensar, de revisar críticamente lo que han hecho, de arrepentirse de sus errores y de reinsertarse en la sociedad. Lo peor que podemos hacer en estos casos –tanto pensando en los principios de los que partimos, como en las consecuencias de nuestras acciones– es poner trabas en esa tarea de recuperación social, y mucho más desde instituciones públicas.⁴⁵

Por otra parte, la apelación al argumento “negacionista” tampoco ayuda a sostener nada de lo dicho y hecho. En primer lugar, no es claro por qué es que una persona que niega el crimen horrendo que ha cometido, no puede participar junto con todos los demás detenidos en las clases que dicta la UBA para los privados de libertad (muchos de estos detenidos, por lo demás, niegan también los horribles crímenes que han cometido). En segundo lugar, ese negacionismo nos aporta motivaciones y razones adicionales para involucrar a las personas del caso en cursos de nivel universitario –muy en particular en aquellos cursos orientados en una línea de defensa de los derechos humanos: se trata de una excelente oportunidad para convencerlos del valor de aquello que niegan, y para ayudarles a pensar en la gravedad extraordinaria de las faltas que han cometido. ¿O es que se piensa que cerrándoles la puerta, o forzándolos a sufrir, van a convencerse de lo que hoy no están convencidos?

En definitiva, el republicanismo nos insta a decir: “ellos hicieron lo peor con nosotros, pero nosotros no podemos hacer lo mismo: tenemos que hacer el máximo esfuerzo para lograr su arrepentimiento.”

9. Final

En este texto me interesó examinar, desde una perspectiva republicana, algunos aspectos relevantes de la teoría de Raúl Zaffaroni en torno al castigo, y la misión de los jueces penales. En particular, presenté ciertas objeciones en relación con los rasgos excluyentes propios de su teoría, critiqué su justificación –aun acotada– del castigo, y disputé el modo en que concibe la función del juez penal, el control judicial, y la relación entre democracia y

⁴⁵ Piénsese, por ejemplo, en el caso del tremendo criminal noruego, que mató este año a 77 niños, en la “matanza de Utoya”: Él merece el máximo repudio social, a la vez que requiere de la máxima ayuda social. Así, además, lo ha entendido la sociedad noruega (“él nos ha dado todo su odio, pero nosotros a él no”). A eso le llamamos civilización.

derecho penal. En particular, el caso de los crímenes de lesa humanidad me sirvió para explorar e ilustrar los límites y alcances de su teoría.