

# Los fines de la pena y coherencia jurisdiccional

Tomás Marino (\*)

[marinotomas@gmail.com](mailto:marinotomas@gmail.com)

\* \*

## I. Introducción

Todo aquel que estudia derecho, o piensa hacerlo, sabe [o sabrá] que uno de los debates más espinosos que emerge del estudio de las normas es aquel que refiere a los fines de la pena.

Para quienes no están muy metidos en el tema (en rigor, tampoco yo lo estoy porque no me dedico al derecho penal): basta mirar la realidad normativa y social de un país (su Código Penal y una cárcel cualquiera, respectivamente) y hacerse por lo menos las siguientes preguntas: *¿Para qué sirve castigar a una persona? ¿Cuál es el fin de la pena? ¿Sirve de algo mandar a alguien a la cárcel? y si las normas dicen que la pena tiene un fin determinado: ¿Se cumple efectivamente u ocurre otra cosa?*, entre otros interrogantes. Plantearse estas cuestiones ya ubicarán al lector rápidamente en tema.

Sobre esto se han escrito bibliotecas enteras, esto está claro. Pero podemos jugar a ser reduccionistas y decir que, de los fines de la pena que se han propuesto, se desprenden:

Por un lado, las llamadas “*Teorías positivas absolutas*”, en donde ven a la pena como una función de defensa de la sociedad. La pena se aplica al individuo “porque delinquiró”; tenía su libertad y la usó para delinquir, para violar la norma. Se podrían dividir las que ven a **la pena para la reparación** donde el mal del delito no está en el resultado externo de la acción sino en la voluntad misma del delincuente. Vale decir, se reprime (*niega*, diría Hegel) la voluntad inmoral y homicida de un asesino y no en el hecho de que hay una persona que falleció. Se castiga esa voluntad moral. Desde otra óptica positivista, puede tomarse a **la pena como retribución**, donde el mal está en el resultado externo de la acción, como en el caso del homicido, donde lo importante ahora es que murió una persona; la pena no busca reparar nada, sino que es la justa retribución a quien hizo un mal. Algo semejante a la conocida ley de Talión.

Otras teorías, denominadas, “*relativas*”, le asignaron a la pena funciones de tipo más prácticas y [se supone] empíricamente verificables. Se habla de la pena en función de “**prevención general**” respecto de quienes aun no han delinquido (la sociedad toda), ya sea en forma *negativa* disuadiendo a quien piensa delinquir, provocándole miedo a que sea castigado (por ejemplo, con penas muy duras para quien delinquiró, así el que aun no se mandó el moco pueda pensarlo dos veces y evitar hacerlo), o bien *positivas*, en donde las penas tienen un valor más simbólico/comunicativo que otra cosa; la pena, en este criterio,

busca reforzar la confianza de la gente en el sistema. Frente a ellas, se oponen las teorías de la “**prevención especial**” que ahora sí nos refieren a quienes ya han delinquirido. En su versión *negativa*, la pena tiene como finalizada neutralizar a la persona que delinquirió. Si hizo un mal, se lo encierra, en tanto eso tiene un costo social presuntamente positivo. Encerrado, anulado, no molesta más, por decirlo en simple. Ahora, en su versión *positiva*, la pena serviría para “ayudar” o “mejorar” a quien ha delinquirido: se lo mete en la cárcel para que se **resocialice**, se **repersonalice**, se **reincorpore** luego a la sociedad, etcétera. Por eso se habla de las ideologías “**re**” donde la cárcel es un mundo de colores que le espera al condenado donde va a salir hecho una nueva persona listo para ser un buen ciudadano.

En este pantallazo, por demás impreciso, no faltan autores que han dado forma a criterios híbridos (las llamadas *teorías mixtas*) donde hacen una sopa entre retribución y prevención general; o retribución más prevención especial; o ambas prevenciones juntas, etcétera.

Algo que Zaffaroni aclara —no en su obra, sino en el último DVD que sacó— es que los juristas suelen confundir los fines de la pena que uno desea, los fines de la pena que el Estado *debería* pregonar, los fines de la pena que nos imponen las normas, los fines de la pena que las víctimas le adjudican al sufrir en carne propia el hecho, etcétera. Y es una gran verdad.

Por dar un ejemplo; prendemos la tele y vemos que Juan mató a Adrián. La familia de Adrián seguramente quiera que Juan vaya preso para que sufra un mal a causa del mal que causó (“*que la pague por hij..*”: teoría retribucionista) y además para que no esté libre y vuelva a matar (prevención especial negativa). Atrás de esta familia aparece Blumberg pidiendo penas más duras, como si así los delincuentes fuesen a pensar dos veces antes de matar (prevención general negativa) y que si matan se queden mucho tiempo encerrados (de nuevo, prevención especial negativa). De fondo, aparece un sociólogo diciendo que hoy día las cárceles son un depósito genocida de humanos, instrumento paradigmático de una sociedad disciplinaria, que antes que mejorar, reproduce sistemáticamente una delincuencia útil que generará aun mayores costos sociales (visión social de la pena en la realidad).

Vaya matete.

## II. ¿Cuál es el problema que tiene el juez penal?

Me da la sensación de que el problema que tiene el Derecho Penal (entendido tanto como el conjunto de normas que refieren a la asignación de una pena a quien comete ciertas conductas, como al estudio sistemático de esas normas y la instituciones que las aplican) es que al legislador, tanto nacional como internacional, se le ocurrió decir para qué sirve la pena. O sea, **prescribió su finalidad**:

En una partecita del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional se dice que: *“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, **para seguridad y no para castigo** de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”*.

En la órbita de la Provincia de Buenos Aires, el artículo 30 de la Constitución dice que *“las prisiones **son hechas para seguridad y no para mortificación** de los detenidos. Las penitenciarías serán reglamentadas de manera que constituyan centro de **trabajo y moralización**. Todo rigor innecesario hace responsable a las autoridades que lo ejerzan”*.

El artículo 5.6 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos nos viene a decir que *“Las penas privativas de la libertad **tendrán como finalidad** esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”*.

Más aun, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos dice que *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento **cuya finalidad** esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”*

Cómo se ve, de todos los fines de la pena que sumáramos arriba, ha triunfado la prevención especial positiva, aquellas ideologías “re” que toman a la cárcel como un instrumento de reforma, readaptación, resocialización y re-otras cosas más para el condenado.

Alguno preguntará ¿Qué tiene esto de particular o complicado? En rigor, es complejo lidiar con normas que prescriben finalidades; la técnica legislativa escapa a decir (y por lo tanto prescribir) para qué sirve un instituto determinado.

Pongo un ejemplo más cercano al derecho privado: la ley nos dirá *qué* es una hipoteca, pero probablemente no nos diga que *“las hipotecas buscarán ser un instrumento de fomento del mercado inmobiliario permitiéndole a la sociedad acceder a una vivienda digna”*. Nos dirá que quien por su culpa o negligencia causa un daño a otro, debe costearlo, pero no agrega que *“las condenas resarcitorias serán justas y adecuadas, para indemnización del sujeto dañado y no para castigo de quien con su culpa o negligencia, causa un daño a otro”*. No hay una prescripción teleológica en la normativa. Se evita eso. A lo sumo se lo deja para el texto de elevación del proyecto legislativo, o para los fundamentos del proyecto, pero no para la norma jurídica que formará parte de los códigos.

El derecho penal, en cambio, sí afronta este problema. La finalidad de un instituto, le viene dada por la Constitución y por los tratados internacionales en materia de derechos humanos (Art. 18 y 75.22 CN).

No sería un problema si la cárcel, en los hechos, cumpliera las funciones que la Constitución y los Tratados le brindan: resocializar al condenado. Por el contrario, no es difícil imaginar

que las cárceles nada ayudan al delincuente. Salvando los siempre aislados casos que parecen romper la regla, la cárcel es deteriorante, es un mal para la persona. Lo hace *menos*, y que al combinarse con una sociedad que nada quiere saber con ex convictos, generan incluso a veces más delincuencia que la que se supone intentan disminuir.

Podría pensarse que los artículos citados no son prescripciones de finalidades, sino criterios de aplicación. O sea, se dice *para qué sirve la pena* no como para decir lo que en los hechos ha de ocurrir, sino determinar con qué vara el juez debe considerar una condena ante un delito a juzgar. Criterio ciertamente peligroso, dado que si la ley me dice que la cárcel resocializa, recompone y te ayuda a ser mejor samaritano, se asemejaría a un criterio donde la cárcel es un “bien”, donde una condena mayor, será mayor cantidad de “bien” que el condenado recibe. Esto lo explica y refuta muy bien Zaffaroni; y coincidimos: no parece prudente.

Entonces el debate sobre los fines de la pena se extiende a un puñado de nuevos interrogantes que son los que me llaman la atención: ¿Está bien que un juez mande a un delincuente a una cárcel diciendo que lo va a resocializar aun cuando sabe que ocurrirá todo lo contrario? ¿Puede el juez desoir lo que dice la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de los fines de la pena privativa de la libertad? ¿Existen recursos teóricos y prácticos para eso?

Y agrego una última pregunta que tiene que ver con el acápite que sigue ¿Puede un juez fallar conforme el art. 18 de la Constitución (y demás normas internacionales) pero a la vez reconocer que lo que allí se dice no se cumple? ¿Sería ello una sentencia coherente? ¿Se incurre en una contradicción?.

Es discutible.

### **III. Sentencia penal y coherencia.**

Hace un tiempo estaba leyendo una sentencia de la Cámara de Apelación de Garantías de Mar del Plata y me llamó la atención.

El caso es simple: Patricia fue condenada a 6 años de prisión por un robo que cometió en 1996 (dejemos detalles técnicos de lado). La primer sentencia condenatoria llegaría en 1999; la confirmación de la alzada en el 2000; la Suprema Corte bonaerense rechaza un extraordinario en el 2005; el cómputo de la pena se hace en el 2006 y en el 2007 se dicta el auto de detención para que esta chica vaya presa por un robo que cometió hace 11 años. Esa detención es la que se recurre.

En lo que nos interesa, en sus agravios, la defensa de Patricia le pregunta a la Cámara cuáles son los fines de la pena (previstos por la normativa que recordamos más arriba) y les pregunta a los Camaristas de qué sirve mandar a su defendida a la cárcel si de las pruebas surge que ya pudo reintegrarse a la sociedad, habiendo en todo momento estado a derecho y respetando las pautas de su excarcelación. Más aun, alega, detenerla no sería de ninguna ayuda para reinsertarla en una sociedad en la que, por lo que parece, ya logró insertarse, sino que sería ir para atrás, sería desocializarla.

En el voto del Dr. Madina (al que adhieren los restantes camaristas) el considerando VI está titulado "**Fines de la pena**". En la primera parte, hace un sumario prácticamente igual al que hicimos arriba: toda la perorata preventista que traen las normas constitucionales e internacionales. Pero luego agrega un acápite de "objeciones". Dice Madina:

*"En teoría, los objetivos normativos son adecuados. Sin embargo, la realidad demuestra que difícilmente la cárcel resocializa o reeduca"*

A continuación de esa frase, abre comillas y hace una extensa cita de la obra de Zaffaroni - Alagia - Slokar donde el camarista hace suyas frases como:

- *"Pretender aislar las funciones reales del poder punitivo importa caer en una formalización jurídica artificial, pues el mayor poder del sistema penal no finca en la pena sino en el poder de vigilar, espiar, controlar movimiento e ideas, imponer penas y privar de libertad sin control jurídico."*
- *"se intentó legitimar el poder punitivo asignándole una función positiva de mejoramiento sobre el propio infractor. En la ciencia social está demostrado que la criminalización secundaria deteriora al criminalizado y más aún al prisionizado".*
- *"la prisión comparte las características de las instituciones totales o de secuestro y la literatura coincide en su efecto deteriorante, irreversible en plazos largos. Se conoce su efecto regresivo, al condicionar a un adulto a controles propios de la etapa infantil o adolescente y eximirle de las responsabilidades propias de su edad cronológica (...) Se trata de una imposibilidad estructural que no resuelve el abanico de ideologías re: resocialización, reducción, reinserción, repersonalización, rehabilitación, reincorporación. Estas ideologías se hallan tan deslegitimadas frente a los datos de la ciencia social, que se esgrime como argumento en su favor la necesidad de sostenerlas para no caer en un retribucionismo irracional, que legitime la conversión de las cárceles en campos de concentración".*

Cuando terminó la cita de Zaffaroni-Alagia-Slokar, cierra comillas y el considerando termina sin aclaraciones. Concluyen más luego, en relación al caso concreto, que cumplir la pena a

once años del hecho, no va a tener ninguno de los fines previstos por el art. 18 de la CN (y los concordantes). Dice Madina:

*"(...) el cumplimiento de la pena por parte de la mencionada ya no tiene sentido alguno; éste no puede ser meramente retributivo y de ninguna manera se puede decir que va a ser positivo para la condenada, resocializante o rehabilitante, cuando estamos frente a una persona que simplemente por el tiempo transcurrido (once años) es otra, totalmente distinta a la que era al cometer los delitos que se le reprochan (sólo basta con señalar que a esa fecha tenía 31 años y que hoy tiene 42).(...)"*

#### **IV. ¿Contradicciones?**

Si se mira rápidamente la sentencia, para alguien como yo al menos —que no viene del ámbito del derecho penal— parece que está bien. Como juez, tiene el deber de observar el derecho vigente (Art. 18 y 75.22 CN; Art. 30 C.Prov.B.A.; 5.6 de la CIDH y 10.3 del PIDCP) el cual se encarga de citar. Sin embargo, se puede ver que el mismo magistrado ha dejado su conciencia tranquila con las bombásticas afirmaciones de Z/A/S en esa cita donde se deja en claro que esa normativa es acreedora de diversas críticas, muchas de ellas muy intensas.

Me vienen a la mente varias preguntas.

Me pregunto en primer lugar en qué medida es posible que una sentencia judicial pueda ser coherente si deja en pie ambas afirmaciones: las normativas, y las académicas.

No sé hasta qué punto es racional refutar los fines normativos asignados a la pena en los artículos 5.6 de la CIDH y 10.3 del PIDCP con una cita (desprolijamente extensa, a mi entender) que está diciendo —palabras más, palabras menos— que lo que dice la norma es equívoco, errado, irracional y totalmente ajeno a lo que informan las ciencias sociales.

La Cámara en un párrafo explica el derecho vigente; al siguiente párrafo dice que su contenido son patrañas de imposible realización para luego decir que en el caso concreto no corresponde aplicar la pena, en tanto no se cumplen los fines previstos por la normativa vigente.

Dicho de otra forma, la Cámara se vale de una cita de autoridad (académica) para hablar pestes de un derecho que se encarga de aplicar en forma categórica y cuya validez nunca puso en jaque.

Uno podría pensar que el juez tiene que escribir su voto partiendo de la base de considerar válida alguna de las dos posturas, y asignarle al justiciable una solución conforme un marco teleológico de la pena determinado. Me genera cuanto menos curiosidad saber en qué

medida un juez puede decir “*te juzgo con esto y esto, pero te aviso que es todo una mentira*”. La consistencia del discurso justificativo penal, en ese contexto, parece debilitarse.

Es que si la sentencia es un hecho argumentativo con un encadenamiento de premisas que deben llevarme a una conclusión de la mano de una atingencia cuanto menos aceptable, es discutible que pueda partir de premisas que considera verdaderas en un tramo de su discurso, y falsos en otras.

Dicho mejor, y dado que es algo debatible predicar verdad/falsedad de las normas, cabría decir que es discutible que pueda considerar legítimo un cuerpo normativo en una premisa (dado que lo aplica sin titubeos al caso en concreto) y lo juzgue a párrafo siguiente como un conjunto de enunciados que han sido brutalmente refutados por las ciencias sociales y que, en los hechos (es decir, respecto de la gente que la propia Cámara se encarga de enviar a la cárcel) ocurre totalmente lo contrario.

#### **V. La inconsistencia argumental.**

Si uno lee la sentencia, se advierte que Madina no encuentra en lo que dice Zaffaroni/Alagia/Slokar la razón por la que Patricia no debe ir presa, sino que la razón es que Patricia —**dadas sus circunstancias particulares**— no va a poder obtener en la prisión el efecto resocializador, **aceptando tácitamente que ese efecto existe** y que, en otros casos, bien puede realizarse.

Adviértase: aun con la cita de Z/A/A, la razón para no enviar a prisión a Patricia es el efecto resocializador que —aceptando tácitamente su existencia— se entiende que en el caso particular no podrá materializarse.

Para hacer la estructura que —en lo relevante— evidencia el yerro, la idea del Dr. Madina en este aspecto (y resumida muy groseramente a los fines expositivos) sería algo así:

**Premisa 1)** La ley dice que la prisión debe ser para resocializar.

**Premisa 2)** Cita de autoridad: Lo que dice la ley en los hechos no ocurre y la prisión es un instituto que deteriora y es una de las armas de un sistema que vigila, espía, controla movimientos e ideas, y que comparte las características de las instituciones totales o de secuestro y que impone efectos deteriorantes e irreversibles.

**Premisa 3)** Las circunstancias particulares de Patricia hacen que enviarla a la cárcel no le sirva para resocializarse o rehabilitarse.

**Premisa 3.1** (premisa tácita): *Si esas circunstancias especiales de patricia no estuvieran presentes, podría ser el caso en que enviarla a prisión pudiera rehabilitarla.*

-

**Conclusión:** Corresponde no enviar a patricia a prisión ya que por sus circunstancias particulares la prisión no va a cumplir su función rehabilitante y resocializadora.

La premisa 2 y la premisa 3.1 son incompatibles. Uno toma como verdadero el hecho de que el instituto P cumple la función F, y otra premisa (cita de autoridad) está diciendo que ese mismo hecho (que el instituto P cumpla la función F) es falso.

## VI. Academia y magistratura.

Vuelvo al inicio: parafraseando la disyuntiva de hierro que usa Zaffaroni en el considerando 21 de “Gramajo”: o bien el juez me asigna una pena (o me la quita, como es el caso) partiendo de la base de que la pena tiene un fin resocializador (adoptando, así, una teoría positiva conforme la normativa hoy vigente); o bien me reconoce que todo eso es una mentira y encuentra el vericuetto legal para esquivar la aplicación de esa normativa que expresamente me está reconociendo como irracional (lo cual seguramente al órgano judicial le suponga dictar una sentencia fácilmente impugnabile, por apartarse de todo el bloque constitucional). De no hacerlo, se está siendo cómplice de una de las ficciones jurídicas artificiales a que refieren los autores citados, pero ya expandiéndolas a niveles insostenibles.

Sigo con las retóricas: ¿Es posible que los jueces penales funden su decisión en los fines resocializadores de la pena que en la misma sentencia reconoce que son una “*formalización jurídica artificial*” y que la cárcel “*comparte las características de las instituciones totales o de secuestro y la literatura coincide en su efecto deteriorante, irreversible en plazos largos*”?

Más aun, Zaffaroni firma el voto mayoritario de “Verbisky” y nada agrega de su teoría agnóstica de la pena y las críticas a la prisión. Sólo en una partecita del voto mayoritario se reconoce tímidamente que “*la privación de libertad, al título que fuese, tiene un efecto afflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación*”. Pero nada más; el fallo, en lo demás deja bastante en pie y ajena de críticas a la “prisión” como institución, con independencia del sistema carcelario de la Provincia de Buenos Aires, que se encarga de golpear duramente.

De hecho, el propio Zaffaroni dice en Verbisky:

*“La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, **cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema** y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario”.*

Insisto en que no me dedico al derecho penal, y conozco tangencialmente sus particularidades. Pero sí advierto que la función de magistrado, en el contexto normativo actual, es sumamente difícil.

Es complejo saber hasta qué línea divisoria el magistrado no aplica y legitima aquellos institutos que tanto denosta o critica (con razones que, cabe aclararlo, compartimos plenamente).

Esta dificultad, creo, se traduce en votos como el analizado. Donde tarde o temprano, más allá del resultado final (digamos, la “justicia del caso”), se generan argumentaciones inconsistentes.

Se nos podrá decir que, en la concepción actual, el magistrado tiene el deber de contener el poder punitivo, siempre latente y con ansias de afectar el estado de derecho.

Sí, pero también es cierto que el magistrado pasa a ser —bajo esa óptica— el encargado de aplicar las mínimas dosis socialmente necesarias de “*vigía, castigo, control y deterioro*” que, según los autores citados, supone la pena privativa de libertad. Aquí el discurso jurisdiccional punitivo pasa a ser un juego entre reconocer o no reconocer que el sistema penal legitima algo que él mismo reconoce como intolerable.

Sea que un magistrado lleve a la práctica el aparato punitivo con todo su vigor, o aun cuando resignifique su función en la de un “limitador” o “contentor” del poder punitivo, siempre estará legitimando *pequeñas porciones* de ese fenómeno que tan repudiable le resulta.

No creo que pueda salirse de ese encierro; y si lo intenta, como ocurrió en la sentencia que analizamos, se llegan a estas inconsistencias argumentales que afectan severamente la motivación de lo que en definitiva no deja de ser un acto de poder.

Por eso insisto en que ser juez penal es muy difícil.

\*

#### **Links:**

(1) la sentencia de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Mar del Plata (“S., *Laura Patricia s/ robo calificado*”) la encuentran acá.

(\*) Estudiante de derecho (hoy recibido). Publicado originalmente el 8 de diciembre de 2010 en el blog «*Quiero ser abogado ¿o un licenciado en derecho?*» sobre enseñanza del derecho y divulgación en general.