

SER PENALISTA ¹

Luis R. Guillamondegui²

En primer lugar agradezco a la comisión organizadora por haberme tenido en cuenta para participar de éste entusiasta evento académico y celebro su realización, cuya dinámica proviene desde nuestra misma juventud inquieta y preocupada por discutir los temas que hacen a nuestra cotidiana realidad en miras a provocar un saludable cambio social.

Cuando me cursaron la invitación y me preguntaron sobre el tema de exposición, les pedí a los chicos de la organización un poco de paciencia hasta resolver el argumento a presentar.

¿Qué podía llegar a interesarles a los concurrentes a este I° Congreso Provincial de Derecho Penal?

En un primer momento pensé en exponer sobre algo novedoso, les pregunté a alguno de mis colegas sobre los temas que abordarían para prevenir cualquier repetición; estime que podría ser de interés debatir sobre la nueva regulación de los delitos contra el honor nacida como consecuencia del fallo “Kimel” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (02/05/2008), o bien, resultar de provecho discurrir sobre el traslado del diseño acusatorio del proceso penal a la ulterior de sus etapas, la ejecución penal, con un juez imparcial y un Ministerio Público como exclusivo órgano ejecutor de las penas y medidas de seguridad -tal mi propuesta ante la Comisión Asesora de reforma del CPP, que finalizara su trabajo a mediados del año pasado-, entre otras disquisiciones.

Pero, señores y señoras... **¿Por qué estamos acá? ¿Qué nos motivó a venir a este Congreso?**

¹ Disertación efectuada en el “I° Congreso Provincial de Derecho Penal”, celebrado en la Ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca, entre los días 4 y 6 de Julio de 2012.

² Doctorando Derecho Penal y Criminología (UPO-Sevilla). Especialista Derecho Penal (UNLaR). Profesor de Derecho Penal II. Parte especial (UNCa). Ex Juez de Ejecución Penal. Juez de Cámara Penal (Poder Judicial de Catamarca).

Salvo alguna que otra persona que se hubiere acercado a esta sala “sutilmente coaccionada” ya sea para acompañar y sumar puntos con esa compañera de estudios que lo tiene encantado o bien para acompañar a los organizadores del evento en honor a los vínculos de amistad preexistentes, la gran mayoría de los presentes -incluidos los disertantes- estamos acá porque, en mayor o menor medida, nos atrae el Derecho Penal. Debemos sincerarnos.

Y ese interés puede provenir por tratarse de una temática de moda, que está presente constantemente en la prensa, la que cuenta con secciones especiales en los diarios y en los formatos televisivos y radiales; una temática que revuelve el morbo de una sociedad espectadora de sangre, violencia, bajos instintos y otros particulares ingredientes que alimentan los publicitados crímenes; afinidad con la materia que quizás responda al gusto por la lectura de novelas policiales³ o por la atracción a películas que desarrollan casos judiciales basadas en hechos reales; o también, porque no, como consecuencia de una nefasta experiencia personal proveniente de los perjuicios ocasionados por un delito que los tuvo como blanco certero o el haber sido víctima de un atropello policial o judicial y la necesidad de aprehender las armas para hacer justicia.

Podemos entonces saber de buena tinta porque nos fascinan las Ciencias Penales, pero, y siguiendo con los interrogantes, alguna vez nos llegamos a preguntar ***¿Qué es ser penalista?***

Y ya casi cerca de la apertura del Congreso, me decidí por este tópico que, reconozco, quizás no aflore como novedoso, ya sea por deducir que se trata de una cuestión netamente particular y a la que cada uno puede arribar a una conclusión personal; pero sí les puedo asegurar que en esta instancia de nuestro transitar formativo y profesional puede aparecer como oportuno invitarlos a reflexionar y mancomunadamente intentar descifrar la incógnita sobre la cual construiré mi exposición... ***¿Qué es ser penalista?***

³ “Desde chico quise ser penalista, por leer tantas novelas policiales, quizás”, como lo reconoce Zaffaroni en una entrevista periodística realizada años atrás. Fuente: <http://old.clarin.com/diario/2005/01/16/elpais/p-00801.htm> (Fecha de visita: 01/07/2012).

Esa es la pregunta.

Pero desde ya les adelanto que ciertamente no me encuentro en condiciones de aportar una acabada respuesta a ese interrogante... contestación que dependerá de cada uno de nosotros y hasta de la historia de vida de aquella persona a quien le convidemos con el acertijo... ya sea nuestro padre, algún tío, abuelo, o al abogado o al policía o al penitenciario del barrio, o algún amigo.

Simplemente intentaré desde acá aportar algunas pautas o criterios, señales o mojones en el camino que nos orienten hacia una respuesta... o al menos, asumiendo la magnitud de la empresa emprendida y con un espíritu netamente constructivo, modestamente permitirme señalar los rasgos o características que no debería tener quien se precie de ser penalista.

Como una primera aproximación y cotejando con otras actividades, si ser futbolista es jugar a la pelota, si ser músico es tocar un instrumento, entonces ser penalista sería estudiar o ejercer el Derecho Penal.

Sin ánimo de desmotivarlos y que esto importe un incentivo para abandonar este sublime teatro, me permito adelantarles que esa apresurada afirmación no cubre en lo más mínimo lo que es ser penalista. Esto, créanme, es un poco más complejo... e incluso juzgo que también lo es para aquellos que desde largos años relacionados con la problemática delictiva entienden que ya cuentan con la respuesta al interrogante.

Antes de avanzar por nuestro derrotero, será menester rememorar quienes se encuentran en razón de su actividad vinculados de una u otra manera con la cuestión criminal.

Si tomamos como punto de partida el presupuesto de que cuando hablamos de Derecho Penal estamos haciendo referencia necesaria al Delito y a la Pena; se vinculan con el primero, los investigadores policiales y judiciales, los Fiscales, el Imputado y la Víctima, los Defensores y Querellantes particulares y los Jueces, tanto de sentencia como de revisión. Mientras que con la sanción penal se relacionan esencialmente el condenado, el funcionario penitenciario, desde el

celador hasta los miembros del equipo interprofesional, la justicia de ejecución penal, las asociaciones vinculadas con la temática, desde los Patronatos de Liberados, pasando por las instituciones educativas -como no resaltar las bondades del programa “La universidad en la cárcel” desarrollado desde hace años en nuestra penitenciaría local- y hasta los colectivos religiosos que hacen vivido el precepto cristiano: **“Estuve en prisión y me visitaste”** (Mateo 25: 36). Y por supuesto, preocupados por ambas categorías jurídicas, mencionamos a los doctrinarios, los legisladores y el poder político, los empleados y auxiliares del Poder Judicial, un sector de la prensa, los estudiantes de las distintas carreras afines, tales la policial, la criminalística, la penitenciaria, la criminología, la victimología y el derecho, y sus profesores y maestros.

Como podrá observarse el panorama es amplio, son numerosos y distintos los actores interesados en la cuestión criminal.

Volviendo a nuestra aproximación comparativa presentada párrafos precedentes, Guillermo Ouviaña partiendo de la opinión del afamado director de orquesta sinfónica Bruno Balter quien supo decir que **“el músico que sólo sabe de música es medio músico”**, sentencia sin cortapisas que **“el penalista que sólo sabe derecho penal es un pobre tipo”**⁴.

Aserción que nos invita a meditar que el penalista que se precie de tal debe saber algo más de lo que está escrito en las leyes y en los códigos, como también de las opiniones y teorías que se asientan en los libros de estudio y aquello que los jueces dicen a través de sus sentencias⁵.

Sin perjuicio de que el penalista debe necesariamente conocer una serie de presupuestos de otras ramas jurídicas (Derecho constitucional, procesal penal y de ejecución penal) y materias afines (Criminología, sociología forense y

⁴ Discurso del Dr. Guillermo Ouviaña en ocasión de la presentación de su libro homenaje, 30/08/2010, Aula Magna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

⁵ **“El Derecho, nos guste o no, termina siendo aquello que los jueces deciden como sujetos independientes de todas las partes -incluido el poder político y la opinión pública- en el ejercicio de la función esencial que se les ha confiado dentro del Estado Social y Democrático de Derecho”**, tal lo expresa DONNA, Edgardo Alberto, *El código penal y su interpretación en la jurisprudencia. Tomo I*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, p. 11.

victimología), entiendo que así también debe insuflar su espíritu la férrea convicción de hacer valer *erga omnes* los principios y garantías constitucionales de legalidad, de reserva penal, de debido proceso, de tutela judicial, de derecho penal de acto y de resocialización fundamentalmente.

Y asimismo, lo que el jurista mencionado nos pretende señalar es que el penalista, más allá del rol que le toque desempeñar en el proceso penal, debe esforzarse por conocer la realidad social donde se va a aplicar la norma penal en busca de su justa y equitativa imposición.

Y así tender, en la medida de las posibilidades y dentro de los recursos legales existentes, a restablecer el drama humano que importa el delito y procurar la paz de la sociedad en su conjunto, como fin último del Derecho Penal⁶.

En esa dirección y hace más de tres décadas atrás, Elías Neuman ya nos advertía que ***“Estudiar la ley y no la realidad donde ésta va a ser aplicada es quedarse en los parámetros de lo fantástico o surreal... El desconocer la problemática por la cual se producen los desajustes sociales y perfeccionar a sus técnicos en el rigor, hará argentinos con graves y circunspectas anteojeras para con sus semejantes... Al mismo tiempo que se enseña, es preciso plantear la problemática de la relación delito-delincuente-medio social y la función del derecho penal frente (o atrás) de todo esto...”***⁷.

Como vemos, el penalista debe ***sufrir visceralmente*** su país para que sus conocimientos teóricos puedan llegar a ser bien traducidos en el proceso y así arribar a una ajustada aplicación normativa encaminada a preservar la convivencia social; por lo que la asiste razón a Ouviaña cuando dice que ***“el buen penalista primero siente, luego piensa y finalmente dice”***, destacando que ***“la inversión del orden de estas cosas nos ha llevado a algunos disparates jurídicos”***⁸.

⁶ JESCHECK, Hans-WEINGEN, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducción de Olmedo Cardenette, Comares, Granada, 2002, p. 2.

⁷ NEUMAN, Elías, *Las penas de un penalista*, Ediciones Lerner, Buenos aires, 1976, pp. 59-62.

⁸ Discurso del Dr. Guillermo Ouviaña en ocasión de la presentación de su libro homenaje, 30/08/2010, Aula Magna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

El penalista debe ser una persona comprometida con su lugar, con su patria, con su gente, porque como veremos más adelante, a él le tocará el excelso rol de ser un **“ejemplo viviente y constante de ser humano”**, tal apreciación de Sánchez Galindo⁹.

Y aquí cabe hacer un alto en el camino y realizar una mea culpa como parte de la comunidad educativa... ese reclamado conocimiento de la realidad social no se imparte mayormente en las carreras de grado de los claustros universitarios de nuestro país. Conscientes de esa falencia y hace un poco más de un lustro, con un grupo de profesores propusimos, al momento que se debatía la reorganización del plan de estudios de nuestra Facultad de Derecho, la inclusión de la materia Criminología, ya como cursado opcional o complementario de las Ciencias Penales y de desenvolvimiento cuatrimestral, con lo cual también intentaríamos trasmitir nuestros modestos conocimientos adquiridos en cursos de posgrados desarrollados en universidades extranjeras y los sobrevivientes de nuestra praxis cotidiana. Algo similar pensamos respecto del Derecho de ejecución penal o al menos el penitenciario.

También al penalista le cabe la encomiable misión de **“dulcificar la dureza del derecho penal”**¹⁰, preservando los dos frentes controvertidos: el del individuo infractor, y el del damnificado y la sociedad en su totalidad.

Muñoz Conde y García Arán nos enseñan que a la violencia que entraña el delito, el Estado de Derecho le responde también con violencia, en este caso legal, y representada por la pena, de las cuales la más rigurosa es la privativa de libertad: la cárcel¹¹.

⁹ SANCHEZ GALINDO, Antonio, *“El penalista debe ser ejemplo viviente y constante de ser humano”*, disponible en línea: <http://www.criminologiyasociedad.com/articulos/archivos/El%20penalista%20debe%20ser%20ejemplo%20viviente%20y%20constante%20de%20ser%20humano.pdf> (Fecha de visita: 01/07/2012).

¹⁰ SANCHEZ GALINDO, Antonio, *op. cit.*, p. 1.

¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 29.

Y el encierro, más allá de las pretensiones resocializadoras que se persiguen con su ejecución, conlleva una inescindible carga retributiva... la prisión, y mal que les pese a muchos detractores de los derechos humanos de los presos, importa un castigo. El encierro desocializa, ocasiona profundos e irreparables daños psico-emocionales al recluso, el interno no ve crecer a sus hijos, se entera desde el aislamiento que su espacio afectivo es ocupado por otra persona, observa detrás de las rejas y cual fuere una película de la que no es protagonista como “la vida transcurre y transcurre”.

La reclusión, señores y señoras, **“duele”**; y ese reproche también alcanza al círculo íntimo del condenado, y el estigma, cual la “Letra Escarlata” -como sucede en la novela de Nathaniel Hawthorne (1850)-, inevitablemente se traslada a ellos a pesar que nuestras leyes superiores nos adviertan de que la **“tacha de infamia”** no conforma el elenco de las penas de nuestro catálogo punitivo. Y resalto esta nota aflictiva de la prisión con la intención de confrontar abiertamente aquellos discursos facilistas críticos de los derechos de los reclusos... cuántas veces escuchamos en la calle o bien cuando esperamos por un trámite o para comprar un gaseosa en la despensa del barrio la mención idílica de que **“ellos sí que las pasan bien y encima nosotros tenemos que mantenerlos”**.

El encierro implica sufrimiento y les aseguro, no vale la pena dar motivo a la pena para llegar a sufrir en carne propia a la misma Pena.

Por supuesto que el panorama presente y futuro del condenado de ninguna manera va a compensar el profundo daño que ocasiona el delito en los bienes jurídicos más relevantes de una persona. Por este lado, también los efectos del crimen trascienden el dictado de la sentencia e incluso hasta el cumplimiento efectivo de la misma.

De allí la necesidad de que el penalista al utilizar este recurso punitivo lo haga de la manera más equitativa y proporcional posible, partiendo desde una regulación legal razonable, pasando por una ajustada implementación del proceso penal comprensivos de la investigación y el juicio, y hasta la ejecución de la condena del modo menos desocializador asequible. Y estas reflexiones, créanme,

se acercan más a las ideas del Marqués de Beccaria cuando se refería a la **“dulzura de las penas”** en su célebre Tratado *dei delitti e delle pene*.

Y esta tarea también la cabe a los penalistas, aunque pueda resultarles una paradoja el pretender bañar con mieles el recurso más riguroso con el que cuenta actualmente el derecho penal... el desafío, estimada audiencia, está planteado y perdurará hasta tanto podamos contar con **“algo mejor que el derecho penal”** para hacer frente al delito, halo esperanzador del filósofo germano Gustav Radbruch que me permito compartirlo e invitarlos a hacerlo nuestro **leitmotiv**.

Y respecto de lo que estamos discutiendo y como todos hombres de leyes, vale indagarnos qué prescribe al respecto el derecho positivo.

La norma resalta que el rol que debe desempeñar el abogado es el de asegurar el imperio del derecho, el respeto por los derechos humanos y la vigencia de la democracia (Código de ética de abogados del MERCOSUR, Art. 3.1); marco regulatorio general que resulta preciso para orientar la actividad de quienes ejercen el derecho penal, o lo ejercerán dentro de poco.

Y por supuesto que aquellos mandamientos que desarrolla Eduardo Couture en su pedagógico “Decálogo del Abogado”, que suele vérselo aprisionado en un cuadro y engalanando diferentes despachos y estudios jurídicos, también deben ser directrices a observar en nuestra praxis cotidiana¹².

Entonces y retomando nuestro hilo conductor y en trayecto hacia la respuesta al interrogante rector de estas reflexiones, es de esperanzarse que los investigadores en su labor de reconstruir conceptualmente lo ocurrido se desempeñen de modo profesional y respetuoso de los derechos de terceros, que los representantes del Ministerio Fiscal actúen guiados por los principios de legalidad y objetividad, que los señores defensores se muestren celosos por el respeto de las garantías constitucionales de su asistido, que los querellantes coadyuven con el descubrimiento de la verdad, que los señores jueces sean imparciales y ajenos a

¹² Couture señalaba, entre otros preceptos, que el abogado debe estudiar y pensar; ser leal y tolerante; tener fe en el derecho, en la justicia, en la paz y principalmente en la libertad; procurar la justicia y amar la profesión.

presiones sociales, que el Servicio Penitenciario en su labor altruista con el privado de libertad se desenvuelva como un verdadero instrumento resocializador y que el control judicial durante la ejecución de la pena camine permanentemente por esa extensa **“geografía del dolor”** que representan nuestras cárceles regionales, que el garantismo guie las enseñanzas doctrinarias y que la razón acompañe a los legisladores al momento de establecer las reglas de juego, que la sabiduría oriente al poder ejecutivo cuando confecciona los distintos programas de políticas necesarias para tutelar al ser humano y a la sociedad, que la prensa al cumplir con su loable función de informar al soberano se aleje del amarillismo recurrente que cada día gana mayores espacios, y que el humanismo impregne el proceso enseñanza-aprendizaje que vincula a maestros y alumnos en el ámbito de las Ciencias Penales.

Antes de continuar con estas reflexiones y buscando ya el epílogo de mi exposición, me detengo brevemente en los enriquecedores consejos que aporta nuestro insigne Elías Neuman y en la ilustrativa distinción que realiza sobre los abogados del fuero penal.

En primer lugar resalta que **“un buen abogado debe, ante todo, tener universalidad y conocimientos interdisciplinarios... No debe ver en su cliente a un enemigo social, por más atroz que sea su hecho y sí debe saber que la defensa en juicio es un bien inexpugnable de la democracia... la defensa será siempre un compromiso de conciencia, acaso emocional, porque muchas veces se hace difícil desglosar aspectos emocionales...”**¹³. Y reafirma **“Estos son los “abogados defensores”, los que tratan de llevar a la convicción judicial una verdad que favorezca el restablecimiento de lo justo y que en la medida de lo posible sirva para salvar la honorabilidad, restituir la libertad del patrocinado, aún con todos los errores y esperas que el proceso y sus circunstancias le compele”**.

¹³ El defensor penal es **“quizás más que ningún otro de los penalistas, quien vive la empatía** -identificación mental y afectiva de un sujeto con el estado de ánimo de otro, según el Diccionario de la RAE- **del delincuente. Es quien se pone en sus zapatos con cuidado, con prudencia, inteligencia virilidad, comprensión y afecto. Sin el “abogado de lo penal”, el delincuente se encuentra herido de muerte y... sin la presencia de un buen samaritano. Así, junto a él, sufre la sociedad, pero más que eso, padece todo el mundo del Derecho penal, porque está como ayuno de derechos humanos...”**, SANCHEZ GALINDO, Antonio, *op. cit.*, p. 5.

Mientras que en la vereda del frente y quizás hasta camuflados entre varios auxiliares de la justicia que caminan diariamente los pasillos tribunales se encuentran **“también los taimados “abogados sacadores” que medran con la angustia y el desasosiego de los delincuentes (especialmente si están detenidos) y sus familiares. Los que no trepidan en su avidez en desvalijar familias o comprometer la dignidad de los magistrados y funcionarios serios y responsables; los que cobran en especies; los que dicen ser íntimos amigos del juez o el fiscal y exigen dinero “para ellos”, causando o robusteciendo un triste menoscabo en la Justicia.”** Me permito agregar: “los que roban cámara a la par de su mediático patrocinado y sólo cuentan con aceitados contactos en el cuarto poder para publicitar sus fútiles servicios” -como avizoro que Uds. también podrán sumar otros ejemplos a éste particular perfil-, y continúo con la facundia del maestro: **“Industriales de la eximición de prisión o excarcelación, que son derechos que pueden invocar los propios justiciables por sí. Los que en realidad sólo están adscriptos a sus bolsillos y son capaces, ¡cómo no serlo!, de vilipendiar a los colegas y arrebatárselos, de cualquier modo, sus clientes. El daño que hacen, reitero, estriba en un humillante y macabro juego con la incertidumbre y la angustia de los demás...”**¹⁴.

Por supuesto que tales rasgos, tanto los plausibles como los rechazables pueden sencillamente trasladarse a la modalidad de trabajo y desenvolvimiento de cada uno de los diferentes actores del planisferio penal... quedará, entonces, en cada uno de nosotros elegir el modelo de conducta a seguir.

En ese afán, debemos insistir, mientras el penalista no se comprometa con una serie de virtudes, tales como la prudencia, la templanza, la fortaleza, la justicia y la santidad moral seguirá siendo **“hermano del verdugo, del juez sádico y primitivo, del maestro que todavía pide la pena de muerte..., del policía deshumanizado, del Ministerio Fiscal que sólo pretende consignar sin equilibrar justicia, del director de prisiones que extorsiona y comercia con el dolor del preso..., del técnico que vende sus estudios,... del periodista**

¹⁴ NEUMAN, Elías, *op. cit.*, pp. 98-100.

morboso de nota roja. En fin un ser humano regresivo cuya actitud sólo puede equipararse con la del hombre de las cavernas¹⁵.

Como podemos deducir de lo disgregado hasta esta instancia, el ***ser penalista*** exige ***algo más*** que estudiar los códigos de fondo y de forma, como asimismo conocer la autorizada voz de la doctrina y los mutables rumbos de la jurisprudencia... no debemos olvidarnos, señores y señoras, que detrás de cada caso, de cada justiciable –ya sea que a éste le toque ocupar el banquillo del acusado o el sufriente espacio de damnificado por el delito en juzgamiento-, de cada “traje a rayas” que aún visten los condenados **HAY UN SER HUMANO** y al que debemos ver sin hipermetropías ni astigmatismos, y que junto a él también hay otras personas a quienes les trasciende la pesada cruz del delito sin un Cirineo que les ayude a soportarla; y **sí nuestra intervención dentro del proceso penal no es verdadera e intrínsecamente comprometida con un intransigente respeto por las garantías marcadas a fuego en nuestra Carta Magna**, y consecuentemente **con una aplicación “dulcificada” del Derecho Penal** en la práctica cotidiana, me permito presagiar, estimado auditorio, que lamentablemente nos distanciamos de aquel paradigma que para muchos convincentemente significa y representa **SER PENALISTA**.

Muchas gracias por su respetuosa atención.

¹⁵ SANCHEZ GALINDO, Antonio, *op. cit.*, pp. 6-7.