

PRESENTACIÓN DEL LIBRO “LA INDETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL  
PROCESO DE EJECUCIÓN PENAL (17-X-19)

Luis Fernando NIÑO

Ante todo, deseo agradecer la convocatoria a formar parte de la mesa de cierre de esta jornada que, tal como se acertó en anunciar, procura sistematizar la medida de una pena judicialmente aplicada en términos cualitativos, vale decir, tomando en consideración las reales condiciones de ejecución de dicha pena y la correlativa dimensión del *plus* punitivo que aquellas condiciones imponen en el plano vivencial del sujeto a ellas sometido.

Tal vez no todas las personas aquí presentes sepan –o recuerden- que, en la lengua castellana, no existe el verbo vivenciar, así en modo infinitivo, sino sólo el sustantivo “vivencia” y el adjetivo “vivencial”.

Y es que, para nuestro idioma, “vivencia” es un neologismo, oportunamente introducido por un célebre filósofo español, José Ortega y Gasset, para traducir el vocablo alemán *Erlebnis*.

*Erlebnis* es experiencia personal, experiencia que se tiene de algo; y es el hecho de vivir o experimentar algo. En tal sentido, es sumamente correcto rescatar las vivencias de un sujeto privado de su libertad para contabilizarlas en el cálculo siempre indeterminado de su pena.

Pero en este rico terreno semántico, me permito interpretar que los autores de esta obra también procuran, paralela y mediatamente, que las vivencias personales de los individuos privados de libertad puedan traducirse en otra clase de experiencia.

Una clase de experiencia que en el idioma alemán cuenta con otra voz, con *Erfahrung*, distinguida con notable precisión por el filósofo Michael Löwy, como una “*experiencia auténtica...–fundada en la memoria de una tradición cultural e histórica–*” distinta de aquella *Erlebnis*, que es la “*vivencia inmediata*” a escala individual<sup>1</sup>, diferencia retomada más recientemente por Enzo Traverso<sup>2</sup>

Tal como lo señala la profesora Tatiana Staroselsky, docente de la Universidad Nacional de La Plata e investigadora del CONICET<sup>3</sup>, cuando Walter Benjamin habla de una crisis de la experiencia en nuestros tiempos, no se refiere a la vivencia en el sentido kantiano (*Erlebnis*), sino a la experiencia en el sentido de *Erfahrung*, aquella que excede el ámbito personal o privado de la mera vivencia, que resulta comunicable, que se convierte en una narración, y adquiere -de tal suerte- un carácter colectivo o compartido, que permite concebir sus potencialidades para actuar en el futuro con base en el pasado, es decir, para hacer del pasado una experiencia valedera.

Creo no equivocarme al interpretar que esa es la segunda -y muy válida- intención de nuestros investigadores.

Al respecto, encuentro un claro paralelismo entre los individuos que han vivido la experiencia pura y dura de la cárcel, y los del ejemplo que aporta

---

<sup>1</sup> LÖWY, Michael: “*Walter Benjamin: Aviso de incendio. Una lectura de las tesis "sobre el concepto de historia"*”, FCE, Buenos Aires, 2012.

<sup>2</sup> TRAVERSO, Enzo: “*Melancolía de izquierda. Marxismo, historia y memoria*”, FCE, Buenos Aires, 2018.

<sup>3</sup> STAROSELSKY, Tatiana: “*Consideraciones en torno al concepto de experiencia*”, documento de trabajo presentado en el marco de las Décimas Jornadas de Investigación del Departamento de Filosofía organizadas por la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad Nacional de La Plata, en Agosto de 2015.

Walter Benjamin en su obra “El narrador”, de 1936, en la que se refiere a los soldados que regresaban de la Gran Guerra.

Benjamin señala que éstos no volvían enriquecidos sino al contrario<sup>4</sup>, dado que no lograban encontrar un sentido a las vivencias que atravesaron, por ser incapaces de comunicar esas experiencias individuales de un modo tal que permitiera elaborarlas y transmitir las en la narración, transformando esa experiencia común en una intersubjetiva, en la forma de un relato significativo para otros. Por eso, alcanza a sostener que *“una facultad que nos pareciera inalienable, la más segura entre las seguras, nos está siendo retirada: la facultad de intercambiar experiencias”*<sup>5</sup>.

En ese mismo orden de ideas, cabría asumir aquí, en el plano de una Criminología crítica y de una Política Criminal alternativa, el desafío al que apunta el propio Walter Benjamin, en la segunda de sus Tesis sobre el concepto de Historia, cuando insta a sus contemporáneos para que asuman la tarea de hacer con el pasado una experiencia, expresando, en su consistente fusión de misticismo y materialismo histórico, que *“existe un misterioso punto de encuentro entre las generaciones pasadas y la nuestra...A nosotros, como a cada generación precedente, ha sido dada una débil fuerza mesiánica sobre la que el pasado tiene derechos”*<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> BENJAMÍN, Walter: “El narrador”, ejemplar digitalizado por la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, en: [El narrador Walter Benjamín - FSoc-UBA](#). Se pregunta Benjamin: *“¿No se notó acaso que la gente volvía enmudecida del campo de batalla? En lugar de retornar más ricos en experiencias comunicables, volvían empobrecidos. Todo aquello que diez años más tarde se vertió en una marea de libros de guerra, nada tenía que ver con experiencias que se transmiten de boca en boca”* ( p.2).

<sup>5</sup> BENJAMIN, W.; op. et loc. cit.

<sup>6</sup> MATE, Reyes: “Medianoche de la historia. Comentarios a las tesis de Walter Benjamin ‘Sobre el concepto de historia’”, Trotta, Madrid. 2006.

En otras palabras, trasladándonos al presente y a nuestro cometido, se trataría de “*hacer una experiencia con [dicho] pasado que interrumpa el curso lineal de la historia*” como sugiere Staroselsky<sup>7</sup>.

Que la experiencia adquiriera, en definitiva, en tanto elaboración crítica de la tradición, una potencialidad política que permita, en nuestro ámbito, replantear la propia lógica del control social formal y de sus instituciones.

Obviamente, ambos programas no son excluyentes, y tanto vale el esfuerzo por realizar el cómputo de las vivencias negativas atravesadas por cada individuo privado de libertad en aras a perfilar el siempre indeterminado monto de la pena como el de recopilar experiencias, elaborarlas y convertirlas en un relato que intepese a políticos, jueces y funcionarios de prisiones y brinde herramientas para avanzar hacia un sistema más eficaz y más humano de abordaje de los conflictos que genera la interferencia intersubjetiva de conductas, en nuestra sociedad como en cualquiera de nuestro universo cultural.

II Yo celebro que este importante volumen se vincule de algún modo con el seminario que en 1995 impartiera el Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni. Casi un cuarto de siglo de tareas académicas compartidas y varios lustros de labores judiciales paralelas alcanzan con holgura para congratularme de vislumbrar, en la obra que hoy presentamos, la impronta de su inquebrantable brújula humanista.

III. Acerca de los precedentes judiciales que se destacan en el libro no he de pronunciarme, entre otros motivos porque me ha tocado ser artífice de

---

<sup>7</sup> STAROSELSKY, T.: op. cit.

dos de ellos, intentando reparar en uno, al incidir sobre el tiempo de prisión, la ilicitud de la pena vivenciada, y mensurando cualitativamente, en definitiva, las concretas circunstancias de la ejecución penal, como se ha evocado en este mismo acto, y en el restante, declarando la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia.

IV. Concluyendo, dado que la hora nos apremia, creo un acierto recuperar para la Dogmática penal una categoría analítica desdeñada por el normativismo, la de la culpabilidad, como plataforma dinámica que conecte en todo tiempo y –en su caso- rectifique la medida del reproche expresada en el momento de la determinación judicial de la pena con la modalidad de ejecución y sus concretas vicisitudes.

Ese renovado rol de la culpabilidad me devuelve a un artículo que logré publicar en los Cuadernos de Política Criminal de Madrid, casi 25 años atrás, en una respuesta crítica, que no alcanzó mayor difusión pero que personalmente reivindicó, al manifiesto del profesor Enrique Gimbernat Ordeig en el que él se preguntaba, con ecos roxinianos que preludiaban nuevos embates del normativismo, si tendría algún futuro la Dogmática Penal, fundado en el supuesto ocaso de la culpabilidad frente a los fines de prevención de la pena<sup>8</sup>.

Les agradezco la atención dispensada, felicito calurosamente a los autores y al Director de la publicación, Pablo Vacani, y también –permítanme

---

<sup>8</sup> NIÑO, Luis Fernando: “Sobre el futuro de la dogmática jurídico-penal”, en Cuadernos de Política Criminal, Dykinson, Madrid, n° 55, 1995, p. 165-183.

agregarlo- al editor, el amigo Rubén Villella, de Ad-Hoc, que, en tiempos difíciles, prosigue prestando su colaboración a la doctrina penal argentina.