

La punición. Criterios y bases *judiciales* del castigo

The punishment. *Judicial* rationale and criteria for punishment

Ezequiel Kostenwein¹

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Sumario: Introducción. 1- ¿Al prójimo o al enemigo? Castigo, semejanza y alteridad. 2- ¿Por qué se debe castigar? De las teorías y las convicciones. 2.1 Justa y útil. 2.2 La pena negada. 2.3 *Ataraxia* punitiva. 2.4 Sin lugar para la rehabilitación. 3- Las bases sociales del castigo judicial. 3.1 Un problema de clase. 3.2 La vigencia de la venganza 3.3 Los umbrales de tolerancia. 3.4 Los significados *judiciales* del castigo. 4- Conclusión. 5- Bibliografía.

Resumo: Este trabajo presenta dos imágenes en torno al castigo, o más exactamente, de a quienes estamos castigando: ¿son nuestros prójimos o son nuestros enemigos? ¿Castigamos a un semejante o a un adversario? Si bien se trata de dos imágenes que no tienen el mismo punto de partida, caracterizarlas ayuda a comprender los presupuestos de cada una de ellas. Luego se explora las percepciones de los integrantes de la justicia penal argentina en torno a dos temas centrales a la hora de pensar el funcionamiento de esta institución: las teorías de la pena en la que justifican la necesidad de castigar, es decir, cómo validan la potestad que tiene el Estado de provocar dolor deliberadamente. La segunda cuestión se relaciona con las razones por las cuales, según los actores judiciales, una sociedad necesita castigar ciertas conductas, más allá de los enunciados ideales. A partir de la combinación de ambos interrogantes procuramos identificar algunos criterios importantes para interpretar mejor el significado *judicial* del castigo.

Palabras clave: castigo, prójimo, enemigo, justicia penal.

Abstract: This work introduces two images in relation to punishment, or, more precisely, in relation to who we are punishing: Are they our fellows or our enemies? Do we punish a fellow man or an adversary? Even though both images do not share the same starting point, their characterization helps understand the assumptions about each of them. Then the work explores the Argentine criminal justice members' insights into two main topics when thinking about the functioning of this institution: theories of punishment justifying the need for penalization; in other words, how the State's power to deliberately inflict pain is validated. The second issue is associated with the reasons why, according to judicial actors, a society needs to penalize certain

¹ Ezequiel Kostenwein es Abogado (UNLP), Magister en Criminología (UNL) y Doctor en Ciencias Sociales (UNLP). Es Investigador del CONICET y coordinador del Área de Sociología de la Administración de la Justicia Penal en el Instituto de Cultura Jurídica (UNLP). Docente de grado y posgrado (UNLP, UNL). Actualmente dirige el proyecto de investigación "Condiciones y condicionamientos dentro de la justicia penal en la Provincia de Buenos Aires: elementos para analizar su autonomía" (PPID - UNLP). Es autor de *Por una criminología menor: ensayos, admiraciones y aseveraciones* (Di Plácido, Buenos Aires, 2014), *La cuestión cautelar: el uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal* (Ediar, 2016), y *Temblores criminológicos. Dilemas sobre el castigo, el control social y la responsabilidad penal* (Astrea, 2019). Compiló *Sociología de la justicia penal. Interrogantes actuales sobre la administración del castigo* (Ediar, 2017), y *La condición judicial. Dimensiones sociales de la justicia penal* (Ad-Hoc, 2020).

behaviors, beyond ideal statements. From the combination of both questions, we seek to identify some important criteria for a better interpretation of the *judicial* meaning of punishment.

Keywords: punishment, fellow, enemy, criminal justice.

Introducción

El castigo ha sido, y sigue siendo, un tema de reflexión de numerosas investigaciones provenientes de diversas disciplinas, métodos y perspectivas: la filosofía, la historia, el derecho, la sociología, la antropología, son algunos de los campos que han tomado a este tema como objeto de estudio. Aquí propondremos dos imágenes al respecto que nos parecen interesantes, fundamentalmente por el contraste en sus enunciados: ¿castigamos a nuestros prójimos o castigamos a nuestros enemigos? En primer lugar, vale explicitar que se trata de esquematismos que permiten incluir en estas dos figuras tópicos que provienen de enfoques diversos. A su vez, ambas posturas parecen ofrecer un sesgo crítico respecto al ejercicio de sancionar, aunque en su desarrollo apelan a presupuestos muy distintos. Quienes piensan en el prójimo, lo hacen principalmente desde una actitud normativa y prescriptiva, y quienes reconocen al enemigo, se apoyan en criterios descriptivos y explicativos. Pero, además, hay otra cuestión interesante que parece surgir: en un caso, el motor de la penalidad se intenta ubicar en la identidad con el castigado, y en el otro, el fundamento más elocuente es la alteridad. Con todo esto, trataremos de pensar si dichas imágenes juegan algún papel en los criterios y bases *judiciales* del castigo, y de no ser así, de qué forma se explican los integrantes de la justicia penal en Argentina las justificaciones teóricas de la pena junto a las causas sociales de la punición. Sirve aclarar que se trata de un trabajo exploratorio, que aspira a marcar un punto de partida en el abordaje empírico de estos interrogantes.

Para llevar a cabo nuestro trabajo se eligió un enfoque metodológico cualitativo, más específicamente entrevistas a 23 integrantes de la justicia penal de la Argentina, con el objetivo de acercarnos a sus percepciones respecto de los tópicos planteados. Del total de entrevistados, 14 pertenecen a la Provincia de Buenos Aires, y 9 al ámbito de la justicia federal. Dichas entrevistas se obtuvieron a partir de un criterio de factibilidad, con actores judiciales que conocíamos de investigaciones previas, y luego siguiendo un muestreo de bola de nieve debido a los obstáculos propios para acceder a quienes se desempeñan en esta institución.

1- ¿Al prójimo o al enemigo? Castigo, semejanza y alteridad

Castigar al prójimo, al menos en cierto aspecto, puede ser entendido como sancionar entre semejantes, pero, en primer lugar, debe describirse como una interpelación e intento de resignificación del acto mismo de castigar a partir de los vínculos que configura la vida en comunidad. Si la pena no es un acto que contribuya a comprender mejor las razones por las que se le reprocha socialmente algo a alguien, entonces no consigue su propósito. En palabras de Antony Duff

“Si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que (en los hechos, aún si de un modo no buscado) se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales,

normativamente excluidos en cuanto a que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no reflejase un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores, y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos, luego la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte en una idea vacía. Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo que hace al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad, socava la idea de que ellos se encuentran atados por el derecho. Ellos sólo pueden sentirse atados como ciudadanos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respeto y consideración que se les debe como ciudadanos”².

Este tipo de concepción prioriza una actividad “comunicativa” de la respuesta penal, en el sentido de que esta última debe ser considerada como un lenguaje comprendido por quien ha cometido una ofensa y, justamente por esto, resulte apropiado llamarlo a responder. A su vez, se suele exigir que dicha comprensión sea fáctica –respecto a que el individuo esté en condiciones de entender que hay un hecho específico que se le atribuye- y normativa –acerca de que su conducta constituye un acto que está penalmente sancionado-.

Otra cuestión importante que se deriva de esto es que debe existir participación de diferentes sectores e instituciones en torno a la deliberación sobre qué actos necesitan ser tipificados por las leyes que aplica la justicia penal. Al mismo tiempo, esta justicia necesita llevar adelante debates con diversos actores sociales a la hora de tomar decisiones importantes con efectos punitivos para la comunidad - como por ejemplo determinadas condenas o absoluciones, criterios para definir mayor o menor severidad en las sentencias, etc.-, decisiones que no se apoyen exclusivamente en los criterios que “desde arriba” ofrezcan los expertos del derecho. Por lo tanto, en una comunidad de iguales, cuando habla el derecho no se escucha una voz extraña o que sólo señale cómo preservar intereses particulares, sino que se percibe una voz compartida por preocupaciones colectivas. Las normas, las discusiones y las respuestas tienen como fuente, y como resultado, un escenario común ligado a aquellos compromisos *que nos llevaron a tomar la decisión de vivir en conjunto*, y no a derrotar a un adversario³.

Castigar al prójimo supone, además, tener en cuenta la fragilidad de los lazos que unen a las personas actualmente, y cómo frente a autoridades penales distantes que deciden sobre los conflictos, estos últimos resultan eventos privilegiados para que sea posible una respuesta simplista del discurso punitivo. En definitiva, se parte de la idea que *la imposición intencional del dolor es más fácil cuanto más lejos se está del receptor*⁴.

El castigo, en este sentido, es siempre producto de una manera específica de reparto de dolor, todo lo cual implica un modo concreto de ejercitar el poder: estos

² DUFF, A. *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 195-6

³ GARGARELLA, R. *El reproche en una sociedad de iguales* en *Sociología de la justicia penal*, Ediar, Bs. As., 2017

⁴ CHRISTIE, N. *Los límites del dolor*, FCE, Bs. As., 2001, p. 102

tres elementos, dolor, castigo y poder, están permanentemente interactuando de manera altamente heterogénea. En consecuencia, la figura del prójimo revela un gran problema para el modo en el que trabaja el sistema penal, o en palabras de Nils Christie:

“Mientras la vida civil contiene una mezcla de interacción formal e informal, la institución penal estará dominada por la formalidad -para proteger a quienes puedan recibir dolor, pero también a quienes reparten dolor-”⁵.

Por lo tanto, uno de los grandes peligros aquí es la abstracción o burocratización del dolor, razón por la cual se impugna que factores neutros tengan preponderancia en la toma de decisiones respecto del mismo:

“La decisión política de eliminar la preocupación por el entorno social del acusado implica mucho más que el hecho de que estas características no se tengan en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre el dolor. A través de esta medida, el delincuente queda en gran parte excluido como persona. No tiene sentido conocer el entorno social, la niñez, los sueños, las derrotas -tal vez mezcladas con el brillo de algunos días felices-, la vida social, todas esas pequeñas cosas que son esenciales para percibir al otro como a un ser humano [...]. El dolor se convierte en una unidad monetaria”⁶.

De este modo, una comunidad de iguales debería orientarse hacia una justicia horizontal, sustentada en el acontecimiento ocurrido, y no tanto en las normas jurídicas que están creadas con anterioridad al encuentro de las personas. El resto de las pautas sociales como los usos, las costumbres o las creencias, son fluctuantes en términos de significación, pudiendo reinterpretárselas dentro del ámbito mismo de las interacciones:

“Llamémoslo [a esto] justicia horizontal, creada por personas considerablemente iguales en virtud de su cercanía. Por supuesto, no completamente iguales. Algunos tienen mejores ropas que otros, algunos vienen de mejores familias, algunos son más inteligentes. Pero comparado con lo que ahora viene, son iguales, y sus decisiones están basadas en que ellos son parte del proceso”⁷.

¿Cuáles podrían ser los elementos de esta justicia horizontal? Por un lado, que las decisiones sean tomadas teniendo en cuenta las necesidades de la comunidad, y no las de la institución judicial. En segundo lugar, la magnitud de los hechos no debe definirse, como en el sistema legal, por reglas abstractas y universales, sino que *lo relevante es lo que los participantes encuentran relevante*. A su vez, se debe priorizar la compensación por sobre la retribución, principalmente porque si las personas se conocen demasiado, el castigo puede resultar incómodo como forma de abordaje de

⁵ CHRISTIE, N. *Una sensata cantidad de delitos*, Del Puerto, Bs. As., 2004, p. 156

⁶ CHRISTIE, N. *La industria del control del delito*, Del Puerto, Bs. As., 1993, p. 144

⁷ CHRISTIE, N. *Una sensata cantidad de delitos*, Del Puerto, Bs. As., 2004, p. 113

los conflictos, es decir, que *la compensación, más que el dolor, se vuelve la respuesta natural*⁸.

"El hecho de repartir dolor, a quién y por qué, contiene un conjunto infinito de serias preguntas morales. Si hay algún experto en estos temas, se trata de los filósofos. También suele haber expertos en decir que los problemas son tan complejos que no podemos actuar sobre ellos. Tenemos que pensar. Tal vez esa no sea la peor alternativa cuando la otra opción es el reparto de dolor"⁹.

Como consecuencia, para castigar al prójimo se debe evaluar a la pena como un valor a partir del cual se pretende dotar de valor a otros valores¹⁰, y más en general, hace falta tener en claro que el nivel y el tipo de valores que se necesitan proteger por medio del castigo son un reflejo de las normas que reinan en una sociedad.

Castigar al enemigo, tal como lo dijimos al comienzo de este apartado, parte de criterios ante todo descriptivos y explicativos: no propone un horizonte deseable, más bien caracteriza el lugar en el que efectivamente estaríamos respecto de la penalidad. Pero ¿qué debemos entender por enemigo en este punto? Aquí encontramos una dificultad específica porque existen una multiplicidad de fenómenos que podrían ser definidos a partir de este concepto, como por ejemplo *enemigos* religiosos, étnicos, políticos, variando como consecuencia las maneras en que se justifican los criterios para castigarlo.

Considerada en términos generales, se trata de una figura que tendría la posibilidad de facilitar la cohesión social a partir de la exclusión de ciertas personas, vale decir, un enemigo odiado por la opinión pública, aparentemente fuerte, pero en realidad débil¹¹. En este aspecto, son conocidos los beneficios que el temor bien gestionado brinda a las autoridades: a partir de sujetos representados como una amenaza, se está en condiciones de *paralizar* las diferencias en la población e intensificar la pertenencia en torno a valores que, de lo contrario, podrían ponerse en cuestión. En palabras de Mead:

"La conciencia del sí mismo a través de la conciencia de otros es responsable de un sentimiento de hostilidad más profundo –el de los miembros de un grupo hacia los de un grupo opositor, o incluso hacia los que simplemente no pertenecen al grupo–. Y esta hostilidad tiene el respaldo de la totalidad de la organización interna del grupo. Provee la condición más favorable para el sentido de solidaridad grupal, ya que en el ataque común hacia un enemigo común se desvanecen las diferencias individuales"¹².

Según esta postura, las astucias por las cuales se inventa o identifica al *enemigo* son variadas, sin embargo, existe un fenómeno a partir del cual esta figura

⁸ Ibid., p. 114

⁹ CHRISTIE, N. *La industria del control del delito*, Del Puerto, Bs. As., 1993, p. 189-191

¹⁰ KOSTENWEIN, E. *Temblores criminológicos*, Astrea, Bs. As., 2019

¹¹ CHRISTIE, N. *Suitable enemies*, en H. Bianchi, *Abolition*, Free University Press, Ámsterdam, 1980, p. 42

¹² MEAD, H. *La psicología de la justicia punitiva*, en Revista Delito y sociedad, Año 10, Número 9-10, 1997, p. 32-42

se rediseñó, y es analizada en la literatura sobre el castigo en las últimas décadas: la declinación del paradigma rehabilitador¹³. De allí en adelante, el enemigo se vuelve un sujeto sin futuro, un sujeto sobre el que debemos profesar extremo escepticismo; en suma, un sujeto al que cabe neutralizar y excluir.

Una de las líneas dentro de esta concepción se origina en torno al derecho penal: allí surge el planteo de Gunter Jakobs¹⁴, quien teoriza sobre el “derecho penal del enemigo”, según el cual

“El sistema de la justicia criminal debe avanzar a mayor velocidad, de forma tal que junto a un sistema penal de las garantías de los ciudadanos se legitimen otros sistemas penales diversos contra aquellos que no pueden ser considerados como personas” y que entonces deben ser definidos como “enemigos”, en cuanto socialmente peligrosos. Y contra los enemigos –ya se sabe– lo que vale es la lógica de la guerra: un derecho penal de la neutralización, de la incapacitación selectiva y del control social tecnocrático, hasta un derecho penal del exterminio”¹⁵.

Según sus críticos, esta doctrina jurídico-penal que admite y legitima el concepto de enemigo parece entrar en colisión con los principios constitucionales e internacionales del estado de derecho, o lo que es lo mismo, con la teoría política de este último. Aquí se plantea como hipótesis que desde hace algunas décadas se ha retrocedido en el ámbito de la política penal, más concretamente, en las discusiones que tenían como referencia perspectivas reduccionistas o incluso abolicionistas de la respuesta penal a una expansión de las facultades de sancionar. En este contexto, la categoría de enemigo de la sociedad comenzó a adquirir cada vez mayor centralidad, entre otras cosas porque por medio de esa misma categoría se le niega su calidad de persona a quienes son así definidos: sólo se realza del enemigo su rasgo amenazante o pernicioso¹⁶. De acuerdo con este enfoque, la anulación de los enemigos es respaldada en que se dirige hacia “no-personas”. Y este mecanismo de negación sobre las características de persona es sostenible únicamente cuando se reconoce que su personalidad no proviene de la naturaleza, sino que es una asignación normativa de carácter moral, social y jurídico.

Alejándose de una orientación jurídico-penal, autores como Garland ponen énfasis en el enemigo a partir de una teorización sobre el fracaso del modernismo penal. Esto último, sostiene el autor, ha facilitado la puesta en entredicho de ciertos parámetros morales de la sociedad, junto a la búsqueda de nuevos preceptos que debiliten los estándares del mencionado modernismo penal. En concreto, se

Redramatiza [el delito], representándolo en términos melodramáticos, considerándolo una catástrofe, encuadrándolo en un lenguaje de la guerra y la defensa social. Según sus impulsores, el problema de la modernidad penal y de la sociedad moderna que lo engendra es que padecen de la falta de coraje moral [...]. Es, además profundamente antiliberal al dar por supuesto que

¹³ ALLEN, F. *The Decline of the Rehabilitative Ideal. Penal Policy and Social Purpose*, Yale University Press, New Haven and London, 1981, *et al.*

¹⁴ JAKOBS, G. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, en: G. JAKOBS, M. CANCIO MEUÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 19-56.

¹⁵ PAVARINI, M. *Castigar al enemigo*, FLACSO, Quito, 2009, p. 31

¹⁶ ZAFFARONI, R. *El enemigo del derecho penal*, Ediar, Bs. As., 2006

ciertos delincuentes son «simplemente malvados» y, por lo tanto, intrínsecamente diferentes del resto de nosotros. Esta visión del delincuente tiene implicaciones ontológicas y epistemológicas. Al ser intrínsecamente perversos o malvados, algunos delincuentes no son como nosotros. Son los otros peligrosos que amenazan nuestra seguridad y no merecen ni una pizca de nuestra simpatía. La reacción apropiada de la sociedad es la defensa social: debemos defendernos de estos enemigos en lugar de preocuparnos por su bienestar y posibilidades de rehabilitación [...] ¹⁷.

Todo esto podría tener implicaciones profundas en la manera en la que nos acercamos a esos “otros peligrosos” puesto que, al adjudicarles una maldad inherente, pone en riesgo la posibilidad de un abordaje reflexivo sobre el tema. El presupuesto cultural de la modernidad penal es que a los infractores se los debe tratar como sujetos a los cuales es posible comprender porque hay algo que se comparte, una esfera humana dentro de la cual se convive. Sobre el enemigo, por el contrario, pesa más la demanda de castigar que la voluntad de comprender: tanto él como aquello que hace, se lo debe calificar de maligno, siendo esta maldad esencial y socialmente incondicionada.

Hay otra línea de trabajo que busca explicar el lugar del enemigo a partir del gobierno neoliberal de la seguridad ciudadana: adversario es quien proviene de grupos excedentes que no tienen posibilidad real de acceder al mercado de trabajo. Esta concepción argumenta que el castigo estatal es un complemento de las políticas económicas neoliberales que han dominado las políticas de diversos países en occidente desde los años setenta. De acuerdo a este enfoque, el sistema penitenciario se expandió para contener a una población residual compuesta en gran parte por jóvenes que provienen de grupos minoritarios, expulsada de la esfera laboral por las políticas de libre-mercado y despojada del apoyo social, como consecuencia del retroceso del Estado welfarista keynesiano. En un contexto socioeconómico como este, al enemigo se lo disciplina con la amenaza del encarcelamiento, junto a los magros beneficios del “workfare” en tanto desincentivo que presiona a los individuos a aceptar cualquier forma de trabajo poco atractiva y de baja remuneración. Aquí la hipótesis es la de un achicamiento de las políticas de contención social articulado con el ensanchamiento del Estado penal, o lo que es lo mismo, se trata de ejecutar:

“una política de criminalización de la miseria que es el complemento indispensable de la imposición del trabajo asalariado precario y mal pago como obligación ciudadana, así como de la nueva configuración de los programas sociales en un sentido restrictivo y punitivo que le es concomitante” ¹⁸.

Desde esta concepción el enemigo es pensado, en términos genéricos, como aquel individuo excluido que, por su condición de tal, pueda poner en riesgo la tranquilidad de los sectores más acomodados de la sociedad.

Habiendo hecho este recorrido por dos imágenes acerca del castigo, o, mejor dicho, acerca de a quienes castigamos, vale insistir en que si bien ambas posturas dramatizan el castigo ¹⁹, lo hacen utilizando diferentes consignas y presupuestos.

¹⁷ GARLAND, D. *The culture of control*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 172

¹⁸ WACQUANT, L. *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Bs. As., 2004, p. 102

¹⁹ GARLAND, D. *The culture of control*, Oxford University Press, Oxford, 2001

Como dijimos al comienzo de este apartado, no se trata de dos imágenes que compitan entre sí, porque no tienen el mismo punto de partida, ni tampoco objetivos similares. Castigar al prójimo trataría de contestar las preguntas: ¿a quién y de qué forma pretendemos castigar? ¿qué nos dice el castigo sobre nosotros en tanto comunidad? Por su parte, castigar al enemigo se basa en otros interrogantes: ¿a quién estamos castigando realmente? ¿Cuál es la verdadera función del castigo en un orden social como el nuestro? En síntesis, castigar al prójimo supone pensar en el modo en el que el control social está surgiendo en el seno de la comunidad, para darle una orientación normativa y comunicativa, y consolidar las bondades de un estilo “parsimonioso” de utilizarlo. Castigar al enemigo se dirige, en lo fundamental, a describir y explicar la ejecución concreta de ese mismo control social, junto a los efectos deletéreos de aplicarlo como se aplica.

2- ¿Por qué se debe castigar? De las teorías y las convicciones

Cuando ingresamos en la gramática del ámbito judicial, resulta difícil encontrarse con debates acerca de si se castiga al prójimo o al enemigo. De hecho, el castigo tiende a nominarse pena, y en términos ideales, el *derecho* de penar pretendería servir como un *límite* al ejercicio indebido del castigo. El desapasionamiento que debe orientar la tarea de los integrantes de la justicia penal requiere que se deje de pensar como un igual o como un adversario a quien se está juzgando, para de esta manera apreciar los hechos -y a partir de estos últimos- resolver acerca de la necesidad de acusar, defender, condenar o absolver en cada caso específico. El marco a partir del cual todo esto se tramita es el de las teorías de la pena, las cuales agrupan una serie de justificaciones acerca de por qué sería válido infligir dolor deliberadamente por parte del Estado. Más en concreto, ¿cuál es la finalidad que orienta la decisión de sancionar o para qué debería servir el acto mismo de sancionar?

Nuestra intención aquí no es ahondar en los debates históricos o actuales sobre las mencionadas teorías, sino analizar e interpretar qué dicen los actores judiciales al respecto, pensando en su trabajo cotidiano, y en si este último genera algún tipo de exigencias judiciales sobre sus prácticas. Más allá de esto, vale la pena hacer un mínimo atlas acerca de las retóricas sobre el castigo que nos permita organizar los testimonios.

La distinción convencional entre criterios retribucionistas y utilitaristas sigue operando como una forma de separar aquellas justificaciones que se apoyan en el pasado, de aquellas que se orientan hacia el futuro. En otras palabras, el criterio retribucionista sostiene que alguien que ha provocado un daño merece ser castigado por el hecho mismo de haberlo provocado, mientras que el utilitarismo -en todas sus variantes- se focaliza en las consecuencias que se pueden extraer de la pena, sea para el infractor, sea para la sociedad. Las teorías que se concentran en el individuo que cometió el delito, suelen denominarse *especiales*: formulado de manera esquemática, están las que procuran la rehabilitación (especial positiva) y las que sólo buscan neutralizar la amenaza del supuesto delincuente mediante el encarcelamiento (especial negativa). Las posturas que hacen hincapié en la sociedad se conocen como *generales*, y están las que se orientan a reforzar la vigencia de las

normas o de los valores colectivos (general positiva) y aquellas que por medio de la pena pretenden disuadir o desalentar a potenciales ofensores (general negativa)²⁰.

2.1 Justa y útil. Dicho esto, es difícil encontrar operadores jurídicos que adhieran íntegramente a unas u otras puesto que, según sus testimonios, ninguna de ellas por separado abarca la totalidad del fenómeno. De hecho, una cantidad importante de estos actores considera necesario articular diferentes posturas:

Entrevista 4: Adhiero a las Teorías Mixtas, porque considero que la aplicación de las teorías absolutas y relativas no resultan funcionales a la finalidad de la pena. No es por deshecho, sino porque entiendo que existen otros métodos más efectivos y coherentes aún al combinar ciertos preceptos de ambas hipótesis, multidisciplinarias.

Entrevista 9: Soy partidario de una visión integradora acerca de los fundamentos y fines de la pena. Coincido con Roxin, entre otros, que ninguna teoría puede determinar por sí solas el contenido y los límites de la pena. Pienso que, debe renunciarse a posturas absolutas y recurrirse a una concepción amplia, amortiguando sus deficiencias a través de recíproca complementación y restricción. Todas tienen una cuota de razón: no se puede negar un mínimo fin retributivo..., tampoco se puede negar la necesidad de prevención general..., y es indiscutible, porque está constitucionalmente exigido, el fin de prevención especial positivo:

Entrevista 2: Creo que las más acertadas son las teorías mixtas o de la unión, que combinan elementos de prevención general, combinando las tendencias negativas y positivas, y prevención especial, también positiva y negativa, porque se aproximan a una explicación de la utilidad concreta que se asigna a la pena estatal como una herramienta de control social. El uso de la pena estatal tiene un claro contenido simbólico, como indican las teorías de prevención general, pero también tiene claramente un componente de prevención especial negativa, ya que excluye coactivamente a determinadas personas por un tiempo más o menos largo. El efecto de reinserción social tiene actualmente una incidencia mínima. Las teorías retribucionistas, con base teológica o moral, no creo que puedan justificar hoy la existencia de las penas estatales, aunque puedan ser útiles para comprender su desarrollo histórico. Tampoco comparto las teorías "agnósticas" o negativas, que no asignan ninguna función a la pena, porque creo que ignoran una realidad evidente.

Como los mismos actores lo señalan, estas teorías mixtas o de la unión justifican la pena procurando armonizar los propósitos que refieren las distintas teorías vigentes, para de una forma equilibrada rescatar las ventajas que cada una de las mismas pueda brindar. O, dicho con otras palabras, para las aludidas teorías mixtas la pena será legítima en la medida que sea simultáneamente justa y útil.

²⁰ MEINI I. *La pena: función y presupuestos*. Derecho PUCP, (71), 2013, 141-167; SANCINETTI, M. *Las teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo*, Conferencia dictada en el marco del II Simposio Internacional de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte, Asunción, 2015.

Ahora bien, por estas mismas intenciones es que le realizan críticas de diversa índole, como por ejemplo “la duda de que la expiación, retribución, resocialización, compensación de la culpabilidad y la prevención general puedan coexistir simultáneamente”²¹. Sin entrar en una discusión dogmática sobre las ventajas y desventajas de estas teorías, quienes adhieren a ellas parecen no concentrarse en un momento determinado, pasado o futuro, sino vincularlos. O quizá consideren que cada uno de esos momentos, necesita una justificación diferente: *todas tienen una cuota de razón*, pero no todas tienen esa cuota de razón en cualquier momento. Como consecuencia, el hecho, el individuo y la sociedad aparecen como pilares de la validación penal en circunstancias diferentes. En definitiva, se trata de actores judiciales que, al menos en cierta medida, consideran que el castigo estatal tiene aspectos positivos, sea para la comunidad, sea para la víctima, sea para la persona condenada.

2.2 La pena negada. Un segundo grupo de actores judiciales son aquellos que se enrolan en un enfoque agnóstico o negativo de la pena, lo que supone, por diferentes motivos, que no le asignan al castigo estatal ningún tipo de ventaja. Por lo tanto, aquí la tarea del derecho penal debe orientarse a contener y reducir el poder punitivo del Estado para evitar que este último cometa más crímenes que los que pretende impedir.

Entrevista 14: No ninguna en particular, dado que las distintas concepciones que se ofrecen no pudieron corroborar sus postulados empíricamente; y ello en el mejor de los casos, porque en muchos otros resultaron fácilmente refutados. Coincido con el planteo de Zaffaroni en cuanto la pena no previene, no resocializa, no frena cursos lesivos. Opino que, si bien puede aceptarse que cada orden social contiene en sí mismo la desviación, ello no implica que haya que responder con un castigo. La pedagogía puede enseñarnos mucho de este, una cosa es reprochar, desaprobar y otra castigar.

Entrevista 6: No, si es que entendemos como teoría de la pena una única, legitimante, que justifique todos los casos. Me seduce la teoría negativa de Zaffaroni. La pena tiene efectos. Múltiples, desconocidos algunos, sobre todo a nivel social. Pero si la pregunta es cómo se justifica la existencia de la pena: diría que algunas podrían tener alguna justificación, pero seguramente acotada al puñado de casos específicos, y en particular sin considerar en ellos las de prisión. Podría elucubrar posibilidades de justificación de penas de multa en algunos casos, y seguir con algunas intuiciones en ese sentido, continuar con la idea de las penas a las personas jurídicas, etc. Pero sobre la pena de prisión, no.

Entrevista 19: Por mi formación y filiación académica, por decirlo de algún modo, adhiero a la teoría agnóstica de la pena, que la posiciona como un hecho político y reniega de cualquier fin estatal positivo o útil del castigo estatal. Sin perjuicio de la cita –e influencia– de autoridad que traigo a

²¹ MEINI I. *La pena: función y presupuestos*. Derecho PUCP, (71), 2013, 141-167.

cuento, considero que la posición de Zaffaroni es la que más se asemeja al funcionamiento real del sistema penal en general y del castigo en particular.

Como se puede observar, aquí los diagnósticos y las expectativas son pesimistas, tomando como base aseveraciones generales sobre las agencias penales que habrían cometido -o estarían cometiendo- los peores crímenes utilizando uno de los poderes coercitivos del Estado, es decir, el poder punitivo. Este diagnóstico conduce a postular la necesidad de que el derecho penal no se oriente a homologar esta situación, o lo que es lo mismo, que el derecho penal no legitime un poder punitivo que, por un lado, es sumamente amenazador cuando carece de límites y controles, y por otro, no ayuda a resolver las situaciones problemáticas, sino que por el contrario las profundiza. En palabras de Zaffaroni:

“Asignen al poder punitivo funciones falsas desde el punto de vista de la ciencia social, pues no se verifican empíricamente, provienen de generalizaciones arbitrarias de casos particulares de eficacia, jamás pueden afirmarse en todos los casos y ni siquiera en un número significativo de ellos”²².

En efecto, aquí se sostiene que tanto las teorías retributivas como las utilitaristas -las teorías positivas, en definitiva- resultan falaces puesto que son expresadas ignorando los datos de la vida real. Como no es posible conocer las funciones concretas de la pena, hay que desarrollar un concepto negativo de la misma, de allí que sea *entonces una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, que no repara o restituye, no detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes*²³. Al fin y al cabo, dado que según esta postura no se está en condiciones de saber verdaderamente para qué sirve el castigo del Estado, lo que hay que ofrecer es una mirada cautelosa y agnóstica acerca del fenómeno.

2.3 Ataraxia punitiva. Otros de los criterios más representativos entre los actores judiciales, que en cierto aspecto podría resultar inquietante, es el de aquellos que afirman no comulgar concretamente con ninguna de las teorías de la pena. Esto significa que no sienten afiliación directa ni por las tesis retributivas, ni por las utilitarias, ni por las agnósticas, lo que podríamos definir como una *ataraxia* punitiva que deriva de cierta apatía sobre las teorías de la pena.

Entrevista 12: Diría que no. Es decir, no creo que la pena, entendida como pena de prisión y privación de la libertad, tenga efecto alguno, ya sea sobre el conjunto de la sociedad en términos disuasorios o sobre la persona penada para lograr su resocialización, entre otras. Sin embargo, muchas veces entro en contradicción con ciertos casos de violencia estatal donde la pena de prisión parece ser el único reclamo que satisfaga esa demanda. En esos supuestos, frente a hechos de violencia institucional o, incluso, los crímenes de lesa humanidad, no encuentro otra salida que la pena de prisión, lo cual parece acercarme, sin quererlo ni desearlo, a ciertos aspectos incapacitadores del encierro. Y es un interrogante sobre el cual todavía no encontré respuesta.

²² ZAFFARONI, R. *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Bs. As., 2002, p. 44

²³ *Ibid.*, p. 45

Entrevista 17: No adhiero a ninguna teoría de la pena porque entiendo que no existen fundamentos válidos para imponer una sanción privativa de un derecho fundamental a otro ser humano antes de intentar resolver ese mismo hecho dentro del sistema y no sacándolo de él o desregulando conductas a otros ámbitos del derecho. Estoy convencido de que la inmensa mayoría de los hechos presuntamente delictivos pueden ser resueltos o transformados intrasistema penal teniendo como eje para esa resolución y transformación una narrativa comunicacional entre los sujetos involucrados tendientes a resolver entre ellos los lazos que han sido rotos mediante el hecho puntual por el que se entró al sistema y en muchos casos todo su contexto interrelacional.

Entrevista 21: Creo que ninguna teoría de la pena termina de justificar acabadamente la aplicación de penas, menos aún en términos generales, respecto de las diversas conductas que actualmente se encuentran receptadas por nuestra legislación penal. Sobre todo, en relación a la pena privativa de la libertad, es innegable que, más allá de las fundamentaciones filosóficas que puede tener, hoy en la realidad, se manifiesta como puro despliegue de poder y se aleja mucho de los fines declarados constitucionalmente. Es una hipocresía sostener que la pena de prisión tiene algún tipo de fin reparador, resocializador o reeducador de las personas que pasan por contextos de encierro. Además, no tiene ningún sentido hablar, y estudiar y enseñar, sobre las teorías de la pena si no se hace en forma conjunta con el contexto donde las penas se aplican.

Estos testimonios podrían, en cierto modo, reconducirse a alguna de las teorías de la pena que mencionamos previamente, pero resulta importante seguir a los actores, darle entidad a lo que ellos mismos dicen²⁴, y advertir que se autoperciben como ajenos a una postura específica. Bien porque no tenga efectos concretos, bien porque no existan fundamentos válidos, bien porque no logran justificar acabadamente la aplicación de la pena, hay una buena cantidad de operadores jurídicos que afirman no disponer de un repertorio de argumentos que los ubique en algún enfoque convencional sobre el castigo. En palabras de Bourdieu, acá parecemos encontrarnos en una situación de cierta indiferencia, en el sentido que dichos actores judiciales “lo encuentran todo igual, no están motivados ni emocionados. Lo que los estoicos llamaban la ataraxia es la indiferencia o la tranquilidad del alma, el desprendimiento”²⁵. De allí que este grupo de integrantes de la justicia penal estarían desinteresados frente a las teorías de la pena, en un estado de *ataraxia* punitiva que les genera indiferencia respecto de por qué el Estado necesita justificar el acto de castigar.

2.4 Sin lugar para la rehabilitación. Una de las cuestiones importante que surge de los testimonios de los actores judiciales es que el ideal rehabilitador tiene muy poca preponderancia en sus representaciones, lo cual, hasta cierto punto, no debería

²⁴ BOLTANSKI, L. *El amor y la justicia como competencias*, Amorrortu, Bs. As., 2000; BOLTANSKI, L. y THÉVENOT, L. *The Sociology of Critical Capacity*, European Journal of Social Theory, London, 1999

²⁵ BOURDIEU, P. *Razones prácticas*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1997, p. 142

resultar sorprendente. Como lo señalamos antes, existen trabajos que sostienen desde hace décadas que el mencionado paradigma rehabilitador ha caído en desgracia²⁶, entendiéndose por este último diferentes discursos e intervenciones *positivas* que buscan propender hacia el interior de la cárcel a una mejora en las condiciones de los individuos encarcelados. La educación, la religión, la familia, el trabajo, son algunas de las variables que deberían ayudar para que las personas que egresen de las cárceles sean *preferibles* a las que ingresaron. Desde luego que la afirmación de un declive de estas ideas es una hipótesis general que exige ser puesta a prueba según los distintos Estados y sus idiosincrasias, pero tomando en cuenta las expresiones de los operadores jurídicos, es posible insinuar que la desconfianza en el correccionalismo penal existe de forma acentuada en la justicia.

A esto podemos sumar que el citado escepticismo de los actores judiciales sobre el ideal rehabilitador parece contrariar la ley de ejecución penal que, aún hoy, se sigue reflejando en un proyecto normalizador en base al mismo ideal rehabilitador. Al menos desde su retórica, la regulación sobre el tratamiento de quienes están -condenados- en las cárceles se apoya en una

“finalidad correccional que supone asumir que el individuo que ha cometido un delito debe ser castigado con la privación de la libertad por un tiempo más o menos prolongado para que dicha duración sea empleada útilmente a los fines de su transformación en un individuo que no cometerá delitos en el futuro, es decir, en un *no-delincuente* en tanto vía para la producción del *no-delito*”²⁷.

Todo esto vuelve espinosa la relación entre la justificación de la pena y la legislación sobre la ejecución de la pena, evidenciando la diferencia persistente entre el derecho penal *en los libros* del derecho penal *en los hechos*.

3- Las bases sociales del castigo judicial

Las razones por las cuales una sociedad castiga determinados comportamientos, junto a los métodos con los que aplica estos castigos, han sido formuladas a partir de diferentes criterios y postulados. Siguiendo a Bernard Harcourt, podemos pensar en dos grandes líneas de reflexión para analizar esta cuestión²⁸: una que surge con la aparición de las ciencias sociales hacia finales del siglo XIX,

“Más escéptica, más crítica, los interrogantes exploraron e hicieron emerger procesos y fuerzas más profundas: si el discurso racional sobre el derecho de castigar es un mero pretexto y sólo sirve para ocultar formaciones de poder, ¿qué es exactamente lo que las prácticas punitivas hacen por nosotros? ¿Cuál

²⁶ ALLEN, F. *The Decline of the Rehabilitative Ideal. Penal Policy and Social Purpose*, Yale University Press, New Haven and London, 1981

²⁷ SOZZO, M. *Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión depósito’ en Argentina*, en Nueva Doctrina Penal, Del Puerto, Bs. As., 2007, p. 534

²⁸ En rigor, Harcourt alude a tres líneas de interrogantes que los modernos formularon sobre el castigo. Nosotros tomamos de su planteo original la segunda y la tercera. La primera es aquella que surge con la Ilustración, la cual procuró identificar y definir una base racional para el castigo.

es la verdadera función de castigar? ¿Qué es lo que hacemos cuando castigamos? Desde Emile Durkheim a Antonio Gramsci y a la posterior Escuela de Frankfurt, Michel Foucault y las tendencias penológicas de fin de siglo, los modernos del siglo XX discutieron sobre la organización social, la producción económica, la legitimidad política, la governance y la construcción del sujeto, transformando las prácticas punitivas, diseccionando no sólo sus funciones represivas, sino ante todo su papel en la construcción del sujeto contemporáneo y de la sociedad moderna²⁹.

La otra, es producto de lo que el mismo Harcourt define como un giro cultural en torno al tema, que no piensa tanto en aquello que el castigo estaría haciendo por nosotros, sino en lo que el castigo nos cuenta acerca de nosotros mismos: ¿qué nos dicen nuestras prácticas punitivas sobre *nuestros* valores culturales?, ¿cuál es el significado social de nuestras instituciones de castigo? Estas preguntas pretenden alcanzar una comprensión más cabal del papel social que tiene la punición, evitando caracterizar al campo penal como un mero instrumento de control y poder. Aquí el acercamiento a la problemática general del castigo debe ser plural y multidimensional, reuniendo las distintas posturas que han sido presentadas de manera fragmentada³⁰.

Por nuestra parte, nos interesa especialmente pasar del significado social al significado *judicial* del castigo, indagando en los rasgos más salientes de este último. Desde luego que sería difícil comprender el significado *judicial* sin recurrir al significado social del castigo, sin embargo, nuestra prioridad será aquello que perciben y evalúan los operadores jurídicos acerca de la penalidad. Más específicamente, cómo -en el marco de sus funciones- los integrantes de la justicia penal transforman en *judicial* el problema social del castigo.

3.1 Un problema de clase. Una de estas *traducciones* judiciales parece hacer mayor hincapié en el papel clasista de la penalidad, en el sentido de que el castigo en la comunidad tiene una relación estrecha con el mantenimiento de las desigualdades sociales, incluso más allá de las declamaciones jurídicas. En este sentido, la población penitenciaria pondría en evidencia las características socioeconómicas de la criminalidad, junto al sesgo jurídico-moral de la penalidad³¹.

Entrevista 13: “Los hechos se castigan en nuestra sociedad porque por un lado es una manera de excluir y segregar y, por otro, porque hasta ahora no existieron en la mayoría de las sociedades actuales políticas criminales que ponga su foco en el trinomio daño-responsabilidad individual-reparación; antes que en el trinomio delito-responsabilidad jurídico penal-pena que es en dónde sí eligen y reeligen ponerlo”.

Entrevista 1: “Entiendo que, en los hechos, se castiga como un modo de mantener un modelo económico vigente a través del control social. Porque el

²⁹ HARCOURT, B. Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (una polémica y un manifiesto para el siglo XXI). *Derecho Penal y Criminología*. 31, 90 (1), p. 111

³⁰ GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 2006

³¹ FASSIN, D. *Punir. Une passion contemporaine*, Seuil, Paris, 2017

castigo tiene funcionalidad con los órdenes económicos y políticos. El castigo es un mero acto de poder judicializado, si es que te referís al castigo oficial, que sostiene un orden económico determinado”.

Entrevista 7: “En nuestra sociedad se castiga primordialmente el delito de bagatela, todo lo que hace a la inseguridad ciudadana de primer nivel. Los Delitos de guante blanco, especialmente los de corrupción pública y privada vinculado con el uso de dineros públicos se castigan en muy baja escala. Al poder le conviene mantener entretenidos a las fuerzas de seguridad y al Ministerio Público Fiscal en delitos bagatelares que comprometen la seguridad básica”.

Desde luego que no se trata de explicaciones elaboradas meticulosamente, sea desde un punto de vista histórico o sociológico, sin embargo, más allá de las disparidades en las narrativas y giros expresivos, estas interpretaciones de los actores judiciales tienen la misma pretensión de persuasión que los abordajes eruditos, y basan esta pretensión en diferentes análisis que buscan algún tipo de legitimidad³². Aún con matices entre sí, estos testimonios señalan que la punición, y por ende el trabajo de la justicia penal, debe pensársela como una herramienta que privilegia los intereses de aquellos sectores con mayor poder o capacidad de injerencia. Supuestos como que el castigo sirve para excluir y segregar, o que en nuestra sociedad se castiga primordialmente el delito de bagatela que hace a la inseguridad ciudadana de primer nivel, parecen provenir de tradiciones que van desde la economía política del castigo³³ hasta el delito de cuello blanco y la teoría de la asociación diferencial³⁴, las cuales hacen hincapié en que el castigo de los ilícitos es la consecución de determinadas formas de selectividad, y más aún, de la profundización de las asimetrías sociales. En palabras de Fassin³⁵, existe una perdurable desigualdad social que queda invisibilizada por el modo en el que se la interpreta en el terreno judicial, y es así como el *castigo se logra transformar en un mero acto de poder judicializado* que sostiene un orden económico determinado.

3.2 La vigencia de la venganza. Un segundo grupo de actores judiciales parecen considerar a la venganza como el motor del castigo en perspectiva social, tesis que tiene un largo recorrido en las investigaciones sobre el papel que ostenta la penalidad en tanto factor de cohesión social. Más allá que las manifestaciones viscerales de represalia en la persecución de quienes cometen delitos han sido reemplazadas por métodos aparentemente neutrales y eficientes, autores como Durkheim afirman que “La pena ha seguido, pues, siendo para nosotros lo que era para nuestros padres. Es todavía un acto de venganza puesto que es un acto de expiación. Lo que nosotros vengamos, lo que el criminal expía, es el ultraje hecho a la moral”³⁶. Por lo tanto, lo esencial del castigo está en las reacciones que genera, más que en las formas en las que se aplica.

³² BOLTANSKI, L. *El amor y la justicia como competencias*, Amorrortu, Bs. As., 2000

³³ RUSCHE, G. Y KIRCHHEIMER, O. *Penal y estructura social*, Temis, Bogotá, 1984

³⁴ SUTHERLAND, E. *El delito de cuello blanco*, La Piqueta, Madrid, 1999

³⁵ FASSIN, D. *Punir. Une passion contemporaine*, Seuil, Paris, 2017, p. 191

³⁶ DURKHEIM, E. *La división del trabajo social*, Libertador, Bs. As., 2004, P. 70

Entrevista 8: "Considero que en líneas generales se castiga para transmitir un mensaje al resto de la población, antes que al castigado. El mensaje de demostración de estar siendo "duro con el delito", se apoya en sentimientos retributivos, y en menor medida neutralizantes. Creo que los sentimientos vengativos, algo primitivos, son motivaciones para el castigo mucho más sinceras que las construidas académica y socialmente luego, más allá de que uno las comparta o no".

Entrevista 14: "Nuestra sociedad castiga por deseo de venganza. En los últimos años la venganza tiene preeminencia sobre la justicia y varias políticas públicas lo exacerbaban, por ejemplo, al permitir a la víctima intervenir durante la ejecución de la pena. Cuando la víctima de un delito penal obtiene una sentencia de condena del autor de un hecho, ya tuvo la satisfacción de su interés primordial. Si el condenado se resocializa o no, y si se utilizan los instrumentos que las leyes de ejecución prevén para esa finalidad, ello ya no es incumbencia de la víctima".

Entrevista 17: "La referencia hacia lo fáctico me lleva a decir con pesar que nuestra sociedad elige el castigo como forma de venganza. No considera que aquellos que delinquen tengan diversos problemas que podrían ser tratados tanto en contexto de encierro como en libertad con políticas públicas inclusivas en todos los ámbitos: educación, salud, trabajo, etc. que no sólo beneficia a la sociedad sino a la persona".

Sin dudas que la definición de venganza no parece ser la misma en estos testimonios, pero lo interesante es que, de alguna u otra manera, los actores judiciales que agrupamos aquí necesitan nombrarla para caracterizar el problema, sea *como forma de transmitir un mensaje al resto de la población*, sea *como una forma de ofrecerle mayor protagonismo a la víctima*, sea *como forma de considerar a quienes delinquen sujetos que no merecen políticas públicas inclusivas*. El punto fundamental es que se trata de planteos que parecen sugerir, tal como lo ha sostenido Durkheim hace más de un siglo, que lo que se ha ido modificando es el modo en que comprendemos al castigo, no lo que el castigo realmente es.

"La naturaleza de una práctica no cambia necesariamente porque las intenciones conscientes de aquellos que la aplican se modifiquen [...]. Como prueba del papel que continúa desempeñando la venganza en el castigo en la época moderna menciona [Durkheim] nuestra continua preocupación por la retribución, de manera que el castigo quede a la altura del delito, así como por el "lenguaje de los tribunales", que sigue manifestando una fuerte preocupación por la denuncia del público³⁷.

Como consecuencia, para este enfoque las transformaciones que las instituciones penales han experimentado en los últimos siglos -más cercanas a fines utilitarios, racionales y no emotivos- deben relativizarse puesto que la venganza sigue siendo el eje central del castigo. En definitiva, hay integrantes de la justicia penal que parecen adherir a la idea de que el germen inicial del castigo hay que

³⁷ GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 2006, p. 48-9

buscarlo, no tanto en las técnicas con las que se lo aplica, sino en el sentimiento de tipo vengativo que anima.

3.3 Los umbrales de tolerancia. Hasta aquí, las dos perspectivas que ofrecimos de los actores judiciales podrían ser ubicadas en el primer conjunto de interrogantes sugeridos por Harcourt³⁸, el cual admitiría resumirse en la pregunta: ¿cómo han contribuido nuestras prácticas respecto del castigo para dar forma a nuestras creencias acerca del mismo? La segunda serie de interrogantes que señala BH es la que problematiza sobre lo que el castigo “nos dice *sobre* nosotros mismos: ¿Qué nos dicen nuestras prácticas punitivas sobre *nuestros* valores culturales? ¿Cuál es el significado social de nuestras instituciones de castigo?” Sin querer *forzar* los testimonios de los actores judiciales para que se ajusten a los enfoques teóricos escogidos³⁹, sí podemos señalar que hay otros integrantes de la justicia penal que aluden a distintos elementos que, en términos amplios, podríamos incluir en una mirada cultural del castigo. Esta última sostiene que “algunos valores y compromisos entran en el proceso penal y se incorporan a él y, de manera más amplia, influyen las mentalidades y sensibilidades culturales en las instituciones penales”⁴⁰. De allí que la cultura esté directamente vinculada a los estilos de vida comunes y a las prácticas sociales situadas, configurando determinados estándares respecto del castigo.

Entrevista 5: “Me parece importante resaltar el aspecto cultural del castigo. Podemos mencionar los aspectos sobre control social, cómo impacta sobre diferentes grupos de personas y determinados espacios, pero creo que siempre es importante tener presente el aspecto cultural del castigo, que puede explicar algunas mutaciones en períodos cortos de tiempo”.

Entrevista 18: “Creo que hay una fuerte presencia de la prohibición y la necesidad de castigo. Tenemos la idea de castigo bajo la piel. No sé si por cuestiones religiosas, históricas, o las que fuere, pero el castigo es parte de nuestra forma de entender cómo nos relacionamos. Hay otras sociedades en las que son muy fuertes las ideas de comunidad, diálogo, perdón, y por lo tanto aparecen otras formas de resolver los conflictos”.

Entrevista 2: “Porque estamos atravesados por la violencia. Porque estamos acostumbrados a resolver los conflictos de manera violenta. Porque pensamos que el castigo estatal en prisiones existió desde siempre. Porque, en definitiva, pensamos que es necesario, y no hacemos esfuerzos por pensar alternativas menos violentas y constructivas para solucionar conflictos. Aun los más graves. Lo mamamos desde pequeños, en la familia, en los colegios, etcétera. Supongo que se debe a la confianza que arrastramos culturalmente en la pena como elemento de control social, como herramienta concreta para sostener una vida social pacífica”.

³⁸ HARCOURT, B. Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (una polémica y un manifiesto para el siglo XXI). *Derecho Penal y Criminología*. 31, 90 (1)

³⁹ LATOUR, B. *Reensamblar lo social*, Manantial, Bs. As., 2008

⁴⁰ GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 2006, p. 227

Siguiendo estos testimonios, podríamos insinuar que para un sector de personas que trabajan en la justicia penal, la "cultura" tiene claros puntos de contacto con el fenómeno penal: tanto los modos de conocimiento como los factores de la emoción o la sensibilidad, deben ser tenidos en cuenta para una comprensión acabada de lo que significa el castigo. El argumento de que tenemos *la idea de castigo bajo la piel, sea por cuestiones religiosas, históricas, y que nos permite entender cómo nos relacionamos*, permite interpretar que las intensidades de la pena, junto a los medios y las formas con las que se aplica, están influidos por la utilidad, pero también por variables afectivas. O lo que es lo mismo, que las razones que vuelve aceptable una medida de castigo están definidas, en gran medida, por una serie de pautas culturales. Es a partir de esta concepción que el castigo deviene necesario, y *no hacemos esfuerzos por pensar alternativas menos violentas y constructivas para solucionar conflictos*. La cultura, por lo tanto, es aquello que consolida los esquemas a partir de los cuales las sanciones penales deben respetar ciertos umbrales de tolerancia, fuera de los cuales se convierten en inaceptables.

3.4 Los significados judiciales del castigo. Sin dudas que estos tres itinerarios no agotan las percepciones de los integrantes de la justicia penal sobre las causas sociales del castigo, pero sí ayudan a delimitar los grandes pilares a partir de los cuales construyen dichas percepciones.

¿Por qué consideramos importante tener algún tipo de acercamiento a lo que piensan los actores judiciales respecto de las causas sociales del castigo? Porque junto al pasado que han incorporado como integrantes de la justicia penal, y aquello que les exige el contexto presente⁴¹, puede ayudarnos a entender por qué deciden lo que deciden. Las expectativas que ellos mismos creen que tiene la sociedad sobre su trabajo, puede incidir en los criterios a partir de los cuales terminen resolviendo causas. Desde luego que las decisiones de los integrantes de la justicia no se derivan exclusivamente de sus posturas sobre las razones sociales del castigo, pero sí permiten analizarlas con mejor información. O lo que es lo mismo, contribuyen a pensar mejor cómo es que opera la traducción de las mencionadas razones sociales a los significados *judiciales* del castigo.

Conclusión

Con este trabajo procuramos avanzar en lo que podría definirse como el significado *judicial* del castigo en la República Argentina, y lo hicimos, en primer lugar, presentando dos imágenes acerca del castigo, o, más estrictamente, acerca de a quienes estamos castigado. Dejamos en claro que no son imágenes que rivalicen entre sí, dado que no tienen los mismos presupuestos, ni tampoco objetivos análogos. Castigar al prójimo buscaría contestar preguntas como: ¿a quién y de qué forma pretendemos castigar? ¿qué nos dice el castigo sobre nosotros en tanto comunidad? En cambio, castigar al enemigo se apoya en otros interrogantes: ¿a quién estamos castigando realmente? ¿Cuál es la verdadera función del castigo en un orden social como el nuestro? En definitiva, castigar al prójimo supone darle una orientación normativa y comunicativa al control social, y fortalecer los beneficios de un estilo "parsimonioso" de utilizarlo. Castigar al enemigo se orienta, en lo

⁴¹ LAHIRE, B. Mundo plural: ¿por qué los individuos hacen lo que hacen? *Revista Latinoamericana de Metodología de las Ciencias Sociales*, 7 (2)

fundamental, a describir y explicar la puesta en práctica de ese mismo control social junto a las consecuencias adversas de aplicarlo como se aplica.

Al ingresar al ámbito judicial, no fue fácil advertir debates acerca de si se castiga al prójimo o al enemigo. En concreto, el castigo se llama pena, y de manera ideal, el *derecho* de penar debería servir como *limité* al ejercicio inapropiado del castigo. Y es aquí donde cobran relevancia las teorías de la pena, las cuales agrupan una serie de justificaciones acerca de por qué es válido ocasionar dolor premeditadamente por parte del Estado.

Según los mismos actores judiciales, una de las posturas que genera más adhesión es la de las teorías mixtas o de la unión, las cuales justifican la pena procurando armonizar los propósitos que refieren las distintas teorías vigentes, para rescatar las ventajas que cada una de las mismas pueda brindar. O, dicho con otras palabras, para las teorías mixtas la pena será legítima en la medida que sea a la vez justa y útil. En definitiva, se trata de actores judiciales que, al menos en cierto aspecto, consideran que el castigo estatal tiene elementos positivos, sea para la comunidad, sea para la víctima, sea para la persona condenada.

Un segundo grupo de operadores jurídicos, parten de una mirada negativa o agnóstica en torno a la pena: esta última considera que tanto las teorías retributivas como las utilitaristas -las teorías positivas, en concreto- resultan falsas porque son expresadas ignorando los datos de la vida real. Como consecuencia, dado que según esta postura no se está en condiciones de conocer verdaderamente para qué sirve el castigo del Estado, lo que hay que ofrecer es una mirada cautelosa y agnóstica acerca del tema.

Por último, están quienes se consideran ajenos a una postura específica sobre la pena. Ya sea porque no tenga efectos concretos, ya sea porque no existan fundamentos válidos, ya sea porque no logran justificar acabadamente su aplicación, hay un tercer grupo de operadores jurídicos que aseveran no contar con un repertorio de argumentos que los coloque en algún enfoque tradicional sobre el castigo. A raíz de esto, dichos integrantes de la justicia penal se muestran desinteresados frente a las teorías de la pena, en una situación de *ataraxia punitiva* que les ocasiona indiferencia respecto de por qué el Estado necesita legitimar el acto de castigar.

También dijimos que una de las cuestiones significativas que surge de los testimonios de los actores judiciales es que el ideal rehabilitador tiene escasa preponderancia en sus representaciones. Si bien no podemos calificar de llamativa esta situación, dado que el enfoque correccional hace tiempo que está en declive, resulta importante porque, entre otras cosas, evidencia la intrincada relación que surge entre la justificación de la pena y la legislación sobre la ejecución de la pena la cual, aún hoy, se sigue apoyando en un proyecto normalizador asociado al ideal rehabilitador.

Luego señalamos la importancia de conocer qué piensan los actores judiciales acerca de por qué castiga concretamente la sociedad, es decir, cómo -en el marco de sus funciones- los integrantes de la justicia penal transforman en *judicial* el problema social del castigo. Una de estas *traducciones* judiciales hace referencia al papel clasista de la penalidad, es decir, que el castigo en la comunidad tiene una relación directa con el mantenimiento de las asimetrías sociales, inclusive más allá de los discursos jurídicos. Esto supone que hay una persistente desigualdad social que se invisibiliza en el terreno judicial, y es así como el castigo se transforma en *un mero acto de poder judicializado que sostiene un orden económico determinado*.

Otro grupo de actores judiciales consideran a la venganza como el factor decisivo para entender el papel social del castigo, postura que tiene una larga

tradición en las investigaciones sobre la función que cumple la penalidad como factor de cohesión social. De allí que existen integrantes de la justicia penal que adhieren a la hipótesis según la cual el germen inicial del castigo hay que rastrearlo, no tanto en las técnicas con las que se lo aplica, sino en el sentimiento de tipo vengativo que provoca.

El tercer criterio propuesto por los integrantes de la justicia penal es el que, de manera general, podríamos asociar a una mirada cultural del castigo. Aquí se considera que ciertos valores y convicciones son relevantes en el proceso penal, incorporándose en él a partir de las mentalidades y sensibilidades sedimentadas en las instituciones penales. En otros términos, es la cultura la que configura los esquemas a partir de los cuales las sanciones penales deben ajustarse a ciertos niveles de tolerancia, más allá de los cuales se vuelven inadmisibles.

Para finalizar, ¿cuál es la relevancia de conocer lo que piensan los actores judiciales, tanto sobre las teorías de la pena como acerca de las causas sociales del castigo? Porque permite analizar con más herramientas las decisiones que toman: tanto las convicciones sobre las justificaciones de la pena como las expectativas sobre las causas concretas por las que se castiga en la sociedad, incidan en los parámetros a partir de los cuales los actores judiciales terminan resolviendo causas penales específicas. En definitiva, todo esto nos ayuda a pensar más claramente cómo es que opera la traducción de las mencionadas razones teóricas y sociales sobre el castigo a sus significados judiciales.

Bibliografía

- ALLEN, F. *The Decline of the Rehabilitative Ideal. Penal Policy and Social Purpose*, Yale University Press, New Haven and London, 1981
- BOLTANSKI, L. *El amor y la justicia como competencias*, Amorrortu, Bs. As., 2000
- BOLTANSKI, L. y THÉVENOT, L. *The Sociology of Critical Capacity*, European Journal of Social Theory, London, 1999
- BOURDIEU, P. *Razones prácticas*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1997
- CHRISTIE, N. *Suitable enemies*, en H. Bianchi, *Abolition*, Free University Press, Amsterdam, 1980
- CHRISTIE, N. *La industria del control del delito*, Del Puerto, Bs. As., 1993
- CHRISTIE, N. *Los límites del dolor*, FCE, Bs. As., 2001
- CHRISTIE, N. *Una sensata cantidad de delitos*, Del Puerto, Bs. As., 2004
- DUFF, A. *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, Oxford, 1996
- DURKHEIM, E. *La división del trabajo social*, Libertador, Bs. As., 2004
- FASSIN, D. *Punir. Une passion contemporaine*, Seuil, Paris, 2017
- GARGARELLA, R. *El reproche en una sociedad de iguales* en Sociología de la justicia penal, Ediar, Bs. As., 2017
- GARLAND, D. *The culture of control*, Oxford University Press, Oxford, 2001
- GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 2006
- GAUNA ALSINA, F., Detrás del castigo. Primeras aproximaciones a la relación de la justicia penal con la prisión. *Derecho Y Ciencias Sociales*, 1(17), 44-69, 2017
- HARCOURT, B. Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (una polémica y un manifiesto para el siglo XXI). *Derecho Penal y Criminología*. 31, 90 (1), 17-54.

- JAKOBS, G. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, en: G. JAKOBS, M. CANCIO MEUÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 19-56.
- KOSTENWEIN, E. *Temblores criminológicos*, Astrea, Bs. As., 2019
- LAHIRE, B. Mundo plural: ¿por qué los individuos hacen lo que hacen? *Revista Latinoamericana de Metodología de las Ciencias Sociales*, 7 (2)
- LATOUR, B. *Reensamblar lo social*, Manantial, Bs. As., 2008
- MEAD, H. *La psicología de la justicia punitiva*, en *Revista Delito y sociedad*, Año 10, Número 9-10, 1997
- MEINI I. *La pena: función y presupuestos*. *Derecho PUCP*, (71), 2013, 141-167.
- PAVARINI, M. *Castigar al enemigo*, FLACSO, Quito, 2009
- ROXIN, C.
- RUSCHE, G. Y KIRCHHEIMER, O. *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 1984
- SANCINETTI, M. *Las teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo*, Conferencia dictada en el marco del II Simposio Internacional de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte, Asunción, 2015.
- SOZZO, M. *Populismo punitivo, proyecto normalizador y 'prisión depósito' en Argentina*, en *Nueva Doctrina Penal*, Del Puerto, Bs. As., 2007
- SUTHERLAND, E. *El delito de cuello blanco*, La Piqueta, Madrid, 1999
- WACQUANT, L. *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Bs. As., 2004
- WACQUANT, L. *Castigar a los pobres*, Gedisa, Barcelona, 2010
- ZAFFARONI, R. *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Bs. As., 2002
- ZAFFARONI, R. *El enemigo del derecho penal*, Ediar, Bs. As., 2006