

HACIA EL FIN DE LA JUSTICIA PENAL

“...los llamamientos repetidos y apasionados a la justicia y a las exigencias de la justicia, lejos de ofrecer posibilidad de contacto o de inteligencia, aumentan la confusión, agravan las diferencias, acaloran las contiendas y, como consecuencia, se difunde la persuasión de que, para hacer valer los propios derechos y conseguir los propios intereses, no se ofrece otro medio que el recurso a la violencia, fuente de males gravísimos... La confianza recíproca entre los hombres... no puede nacer y consolidarse sino con el reconocimiento del orden moral”¹,

Introducción

La intención de este escrito es demostrar que la “mano dura” es contraproducente y que, por el contrario, el ideal -el deber ser, adonde hay que tender- es a disminuir lo más que se pueda el peso de la “justicia” penal. No se trata de “permisivismo” entendido como el “permiso” para hacer cualquier cosa sin que las malas conductas entrañen algún castigo, sino de asumir que la violencia -la represión violenta del delito- empeora las cosas. Los delitos, las faltas, los pecados conllevan -en principio- su propia pena, precisamente por ello son actos malos, porque violan el orden natural, el orden moral, establecido por Dios, que es el único camino al desarrollo del bien.

Por caso, quién se droga se autodestruye y en eso va su pena, de modo que no tiene sentido encarcelarlo porque no lo ayudará a rehabilitarse, sino que, por el contrario, lo más probable es que agrave su problema. Necesita rehabilitación y, sobretodo, contención para no caer en el delito con el fin de conseguir el dinero necesario para consumir drogas, habitualmente muy caras dado que solo se pueden conseguir en el mercado ilegal.

Por otro lado, la sociedad debe asumir sus responsabilidades. Ninguna persona vive aislada completamente, de modo que un drogadicto difícilmente llega a ese estado pura y exclusivamente por sí mismo, en alguna medida, mayor o menor, el entorno lo ha conducido a esa situación y ese entorno debe ser corregido o el problema no tendrá solución.

Desarrollo

Si el hombre fuera perfecto no pecaría, no cometería faltas ni delitos, entonces serían innecesarias las fuerzas de seguridad y, por ende, las cárceles y la justicia penal. Pero los seres

¹ Juan XXIII, Encíclica '*Mater et Magistra*', Roma 1961, Tercera Parte, 56-57.

humanos nunca lo seremos, aunque vayamos madurando y creciendo y, entonces, existe un Estado que -vía monopolio de la violencia- crea e impone leyes cuyo cumplimiento pretende garantizar con la justicia penal, al condenar "ejemplificadoramente" a quienes no la cumplen.

Pero la violencia destruye siempre², para bien o para mal destruye y por tanto deberíamos intentar disminuirla lo más rápidamente posible. Así las fuerzas de seguridad (y por ende las cárceles y la "justicia penal"), aunque fueran necesarias siempre, en alguna medida, destruyen. Entonces el ideal, es que la "justicia" penal desaparezca, es el deber ser, hacia donde debemos tender, en contraposición con la opinión de que es necesario endurecer las penas y aumentar la fuerzas de seguridad para detener el delito.

Para empezar, recordemos que sólo Dios conoce a la verdad de modo absoluto. Así y todo, dicen algunos teólogos, ni siquiera Él condena, más allá de haber establecido normas perfectamente justas y que, por tanto, 'condenan' de por sí, en cuanto que cada uno elige: el bien, o el mal que conlleva de suyo la pena por cuanto aleja del bien moral que es el único que conduce a la felicidad, a la realización del ser. Es decir, prevalece el libre albedrío no solo frente a la decisión de aceptar o no las normas justas, de amar a Dios, sino de arrepentirse verdaderamente.

Lo que, en realidad, no tiene nada de extraño. Dada Su infinita misericordia, no hace otra cosa que intentar salvar a las personas hasta el último momento. Perdona hasta los pecados más graves, siempre. Dios, y esto es verdadera justicia, nunca le impone penas al hombre coercitivamente, violentamente, porque esto significaría contradecir su propia esencia.

Así las cosas, lo cierto es que, para el hombre, la justicia absoluta está definitivamente vedada, quedándonos solamente la relativa. En otras palabras, la justicia humana no puede ser un intento por encontrar la verdad absoluta, sino solo un acuerdo entre partes de modo de mantener el orden y la funcionalidad de la sociedad, evitando, justamente, la violencia.

El Aquinate afirma que "Hay dos especies de justicia. La una consiste en dar y recibir recíprocamente, cual se verifica en la compra y venta y demás contratos y transacciones de

² "La violencia se opone directamente a lo voluntario como también a lo natural, por cuanto es común a lo voluntario y a lo natural el que uno y otro vengan de un principio intrínseco, y lo violento emana de principio extrínseco", *S.Th.*, I-II, q. 6, a. 5. Es decir, "Y así, siempre que fuera de los seres existe una causa que los obliga a ejecutar lo que contraría su naturaleza o su voluntad, se dice que estos seres hacen por fuerza lo que hacen... Esta será, pues, para nosotros la definición de la violencia y de la coacción: hay violencia siempre que la causa que obliga a los seres a hacer lo que hacen es exterior a ellos; y no hay violencia desde el momento que la causa es interior y que está en los seres mismos que obran", *La Gran Moral*, I, XIII (en Aristóteles, *Moral*, Espasa-Calpe Argentina SA, Buenos Aires 1945, p. 46). Así, Etienne Gilson asegura que para el Aquinate "Lo natural y lo violento se excluyen, pues, recíprocamente, y no se concibe que algo posea simultáneamente uno y otro de estos caracteres", *El tomismo*, Segunda. Parte, Capítulo VIII, EUNSA, Pamplona 1989, p. 438.

esta naturaleza; ésta, que es llamada por Aristóteles (*Et.* 1.5, c.4) conmutativa o directiva de los cambios o negociaciones, no compete a Dios... La otra consiste en distribuir, por cuya razón se llama distributiva, según la cual un rector o administrador da a cada uno conforme a su dignidad. Como el buen orden de una familia o de una multitud bien gobernada hace ver esta justicia en su jefe; de igual modo el orden del universo, que brilla tanto en las cosas naturales como en las voluntarias, es una prueba de la justicia de Dios... que concede a todos los seres lo que les es propio según su respectiva dignidad, y... conserva la naturaleza de cada cosa en el orden y virtud que le son propios"³.

Es decir que, lo estrictamente humano -que 'no compete a Dios'- es la justicia conmutativa, la 'justicia entre partes' -el 'arbitraje'- en tanto que la otra, la justicia distributiva -en cuanto orden esencial del universo- evidentemente, compete a Dios: el orden natural. Por otro lado, santo Tomás deja muy claro que, estrictamente, al hombre sólo le compete la justicia entre partes, la justicia 'conmutativa o directiva de los cambios o negociaciones'. La otra, la distributiva -la de dar a cada uno lo suyo según su naturaleza y dignidad- estrictamente, es competencia de Dios.

Remarcando, luego, que "En todas las obras de Dios se encuentran necesariamente la misericordia y la verdad; con tal de que por la palabra 'misericordia' se entienda la remoción de cualquier defecto... en la naturaleza racional, creada para ser feliz...Pero toda obra de la justicia divina presupone siempre una obra de misericordia, y se funda en ella..."⁴.

Ahora, la misericordia no es un tema menor. El infinito poder real, efectivo, eficiente de Dios proviene, precisamente, de su infinita misericordia. "Es propio de Dios usar su misericordia; y en esto, especialmente, se manifiesta su omnipotencia", afirma santo Tomás⁵. Si los hombres fuéramos infinitamente misericordiosos, esto es, nos adaptáramos infinitamente bien al orden natural, nuestra autoridad moral sería tan grande que, de hecho, realmente (eficientemente) seríamos todopoderosos.

Piénsese, por ejemplo, en la Madre Teresa de Calcuta: durante sus últimos años era una viejecita sin ningún poder político, prácticamente sin ningún poder económico, ciertamente sin ningún poder físico y, sin embargo, gracias a su autoridad moral, era capaz de conmover a millones de seres humanos, incluidos, por cierto, muchos 'poderosos'.

Además "R. Garrigou-Lagrange afirmaba que... 'La misericordia divina es como la raíz, el principio de todas las obras de Dios, ella las compenetra con su fuerza y las domina. A

³ *S.Th.*, I, q. 21, a. 1.

⁴ *S.Th.*, I, q. 21, a. 4.

⁵ *S.Th.* II-II, q. 30, a. 4, in c.

título de manantial primario de todos los dones, ella es la que influye más fuertemente; por esto supera también a la justicia que viene a estar en segundo puesto y le está subordinada'. La obra decisiva del Padre, por tanto, es la misericordia. En ella se encierra el misterio de su amor que llega hasta el perdón", asegura el Comité para el Jubileo del Año 2000⁶.

Habíamos dicho que el Estado crea e impone las leyes y las garantiza con la "justicia penal". Así podría decirse que gran parte de los delitos son creados por el Estado en un círculo vicioso desde que son "ilegales" y, por tanto, pasibles de ser penalmente sancionados los actos que violan las leyes que ha creado. Por caso, desde que el Estado impone aduanas, colateralmente crea el delito de "contrabando".

Así "Los códigos son una especie de programa legal, por el cual deroga el Estado todo lo que no está en él", afirmó Karl von Savigny (en "*De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia*"). Luego Alexis de Tocqueville escribió que "Il n'y a rien de plus politique chez un peuple que la législation civile" (no existe nada más político en un pueblo que la legislación civil) en "*De la démocratie en Amérique*". Finalmente, según Roscoe Pound, en su '*The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*', "...en la teoría romana final la ley procedía del emperador -era hecha por él- en la teoría inglesa era preexistente...".

Sin duda, resulta sintomático que Cicerón haya escrito "Summun jus, summa injuria": el extremo derecho, es extrema injusticia⁷. Sólo esta incoherencia, clara, simple y sencilla, es suficiente razón lógica para dar por tierra con toda la teoría de la codificación coercitiva. Vale aclarar que si bien en el sistema anglosajón se suponía que la ley era anterior al legislador, sigue siendo un sistema coercitivamente impuesto por el Estado y es esto lo verdaderamente negativo.

Por otro lado, la experiencia empírica demuestra que el delito no se soluciona, ni siquiera se previene con la "justicia" penal. Por el contrario, los datos muestran que la cárcel empeora a los que entraron por algún delito y perjudica severamente a los inocentes, que no son pocos⁸. Para empezar, lo que en la realidad ocurre, generalmente, es que quienes son

⁶ '*Dios, Padre Misericordioso*', Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid MCMXCVIII, pp. 77-8-9.

⁷ '*De Officiis*', I, X.

⁸ "Más aún, las encuestas señalan que la cárcel es, en la mayoría de los casos, una escuela de delincuencia", asegura Mons. Ambrosio Echebarría, Obispo de Madrid, en la Presentación de la '*Pastoral Penitenciaria*' de Evaristo Martín Nieto, Ediciones Paulinas, Madrid 1990, p. 6. En tanto que J. R. Iraeta opinó que "Las cárceles no disminuyen las tasas de delincuencia. Se multiplican las prisiones, se aumenta su capacidad, se mejora su personal, se transforman sus métodos, pero la cantidad de delitos y de delincuentes permanece estable, cuando no aumenta", '*La cárcel*', Madrid 1977, p. 67. "La prisión es un medio falso que hace que el prisionero sea cada vez menos apto para la vida social. Carece de finalidad... debe desaparecer", asegura P. Kropotkine en '*Las prisiones*', Valencia 1897, p. 34. Entre 1972 y 1996, la población carcelaria en los EE. UU. aumentó de 164 a

culpables, pero tienen el poder material suficiente -es decir, justamente, quienes tienen capacidad de hacer más daño- quedan libres⁹. Los que caen son los segundos, y muchas veces caen por haber cometido el “delito” de traicionar a su jefe. Pero los primeros, rápidamente, pervierten a nuevas personas para que ocupen el lugar de los encarcelados¹⁰.

En cambio, si se parece a un sistema vengativo. Sin discutir el dolor y grave daño que dejan muchos delincuentes, lo cierto es que algunas víctimas, o sus familiares, por el modo en que efectúan su pedido y por lo que piden en nombre de la “justicia” (muchas veces la muerte o la peor cárcel para los delincuentes) dan la impresión de que, en realidad, lo que buscan es venganza. Es decir, de ser posible, un perjuicio peor al delincuente. Como si así pudieran reparar de algún modo el daño que se había causado.

Pero, lo más desconcertante es ver que, como este modo de “justicia” no repara nada, ni evita futuros daños y ni siquiera permite la reconciliación (primero con uno mismo y luego con el resto), los años pasan, y, las personas en cuestión, no sólo no encuentran la paz, sino que la herida se agranda. A tal punto que, muchas veces, hasta desean hacer “justicia con propias manos”. Conclusión: irónicamente, el “sistema judicial” penal, no sólo no hace verdadera justicia, sino que les hace perder tiempo y esfuerzo y, lo que es aún peor, no permite encontrar la paz, sino que alienta la venganza y, consecuentemente, la amargura.

550 personas por cada cien mil habitantes según Andrew Rutherford (*'Beyond crime control'*, en Charles Murray, *'Does Prison Work?'*, IEA, London 1997, p. 47), y esto no provocó una disminución en los delitos sino que, por el contrario, aumentaron de 3.000 a 10.600 por cada cien mil habitantes (ver Charles Murray, *'Does Prison Work?'*, IEA, London 1997, p. 2). Es famoso el caso, tratado en el largometraje "En el nombre del padre", ocurrido en Gran Bretaña, en donde se termina descubriendo, después de años de cárcel durante los cuales murió uno de los condenados, que eran inocentes y que las pruebas fueron fraguadas por los policías y funcionarios judiciales. Pero, ninguno de los fraguadores, fue penado. Evaristo Martín Nieto, asegura que "Jesucristo vino a 'anunciar la libertad a los presos (Lc 4, 19). Juan Pablo II, comentando estas palabras en la cárcel romana de Rebbibia, dijo: '¿Es que estas palabras se deben relacionar con las estructuras de las cárceles en su acepción más inmediata, como si Jesucristo hubiera venido a eliminar las prisiones y todas las demás formas de instituciones de detención? En cierto sentido, así es también' (26/12/1983). Esto, en análisis profundo y en relación con la esencia del evangelio, significa que en el mensaje cristiano está contenida la abolición de la cárcel. No hay que hacer esclavos a los que Dios hizo libres...", op. cit., p. 16.

⁹ No es casual, por tanto, que las estadísticas muestren claramente que la población carcelaria está compuesta, en su gran mayoría, por personas provenientes de los estratos socioeconómicos más bajos. Lo que, sin duda, no es nuevo, ya Chuang-Tsé afirmaba en la China del siglo IV a.C. que "Un ladronzuelo... acaba en prisión. Un gran bandido acaba en jefe de Estado".

¹⁰ "hoy en día tenemos una comprensión mucho mayor acerca de la complejidad del crimen y de las causas que lo producen. ...y se ha establecido, en particular, que cierta proporción de personas convictas sufren trastornos mentales que... requieren tratamiento psiquiátrico... en nuestra época los crímenes sumamente organizados requieren tal grado de preparación e inteligencia que la educación no es un factor competitivo sino complementario. Cuanto más inteligente es el criminal, más efectivo resulta el crimen. Pero es interesante observar que hasta ahora los científicos sociales ingleses no han informado una correlación definida entre la educación y el crimen. Así, Lord Pakenham publicó (*'Causes of Crime'*, Weidenfeld and Nicholson, Londres 1958) resultados de una investigación sobre las causas del crimen... que incluye la siguiente observación: 'Sin embargo, no creo que... se hayan hecho muchos progresos en lo que respecta a relacionar la educación con el crimen"', E. G. West, *'El caso infundado de la educación estatal'*, Libertas no. 27, ESEADE, Buenos Aires, Octubre de 1997, p. 158.

"'Buen trabajo, fin de la historia', exclamó con ira Chris Walsh, hijo de la mujer asesinada. Bonnie Cannon, hermana de Joe, hasta ese momento había llorado y rezado. Se secó los ojos y suspiró: 'Soy feliz porque Joe finalmente está libre'"¹¹. La crónica es clara: la ira es del hijo de la víctima, mientras que la paz está del lado de los familiares del condenado, ya muerto. Así se entienden las palabras de Pio XII: "Os ha sido dada una vocación extraordinaria y casi querríamos decir privilegiada: expiar por el mundo verdaderamente culpable"¹².

Por el contrario, es de rescatar el éxito que tiene en los Estados Unidos un "programa de reconciliación" que, si bien no va al fondo del problema (porque básicamente se mantiene el mismo sistema), al menos permite que, durante varias sesiones guiadas por profesionales, la víctima (o sus parientes) y el victimario, se encuentren. Resultando en mayor paz para la parte agredida y un mejor reconocimiento de su culpa por parte del agresor. Muchas veces estas entrevistas culminan con el perdón, por parte de la víctima, y el delincuente arrepentido. Incluso, en algunos casos, hasta terminan amigos, y la víctima intentaba sacar de la prisión al victimario.

En contraposición con la "justicia" penal- impuesta violentamente¹³- siempre existió, como consecuencia de la vigencia del orden natural y la verdadera autoridad -moral, no coercitiva-, justicia relativa entre partes que resulta mucho más eficiente y económica¹⁴. Es

¹¹ 'Antes de ser ejecutado, a condenado le explotó una vena', Diario Popular, Buenos Aires, 24 de abril de 1998, p. 19.

¹² *Radiomensaje a los encarcelados*, 30/12/1951.

¹³ Raúl Zaffaroni, profesor de la Universidad de Buenos Aires, afirmó algo muy sintomático, refiriéndose a la "justicia" penal: "... el modelo penal no es una solución... el que sufrió un daño no existe: el Estado reemplaza a la víctima... si... alguien me rompe la cara... el Estado viene y se lleva al que me golpeó. Yo digo: 'No quiero que lo pongan preso. Quiero que trabaje y pague la recomposición de mi cara'. Entonces, el Estado me responde: 'Señor... acá... usted no tiene nada que hacer'. Yo insisto: 'Mire que la cara es mía, y a mí me la rompió'. Pero el Estado confirma: 'No, no'. Directamente me reemplazó. El penal es un modelo que nunca resuelve el conflicto... En la mayoría de estos casos se pueden encontrar soluciones más o menos aceptables dentro de la cultura occidental y contemporánea, y que no tienen nada que ver con el modelo punitivo", Viva, La Revista de Clarín, Buenos Aires, 18 de enero de 1998, p. 75.

¹⁴ Ya desde el Apóstol san Pablo, era costumbre que los pleitos entre cristianos sobre cuestiones temporales fueran resueltos (en principio, por el procedimiento del arbitraje) dentro de la jurisdicción eclesiástica, que así intervino ampliamente en juicios de toda índole (cfr. José Orlandis, *Historia de la Iglesia*, Ediciones Palabra, Madrid 1977, T. I, p. 60 y ss.). En las ferias en la región de Champaña durante la alta Edad Media (particularmente durante el siglo XIII, siglo extremadamente próspero) que constituían el principal emporio del comercio internacional de la época, los asuntos de justicia se resolvían privadamente, entre las partes, en tribunales arbitrales, muy rápidos y eficientes, voluntariamente designados por las partes. Y los ejemplos siguen y son cientos a lo largo de toda la historia como el hecho de que "...miles de estos chinos inmigrantes se volvieron ricos... Ellos se apoyaban en asociaciones de asistencia mutua para obtener préstamos, información comercial, reclutamiento de trabajadores, presentaciones empresarias, y, lo más importante, el cumplimiento de los acuerdos de palabra sobre los que gran parte de sus negocios estaba basado... Todavía hoy, un empresario chino que viola un acuerdo rara vez es llevado a los tribunales estatales. En cambio, es incluido en la lista negra. 'Si alguien no honra sus compromisos' asegura David Li, Jefe Ejecutivo del Hong Kong's Bank of East Asia,

decir, que mientras que ésta es, de hecho, como corresponde al hombre, una justicia relativa entre las partes, por su origen, su modo y su funcionamiento, la “justicia” coercitiva, en cambio, no surgió como una necesidad relativa entre las partes, sino que fue impuesta por el legislador. De modo que, por su origen, modo y funcionamiento, intenta emular algo que está vedado a los hombres, y esto es la justicia en términos absolutos.

Por caso, la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, durante más de cien años ha impartido justicia relativa. De las setenta a ochenta causas que pasan cada año por este tribunal, en menos del diez por ciento de los casos los fallos no son acatados por alguna de las partes. Lo que significa un porcentaje muy bajo, mucho menor que el de los tribunales del Estado racionalista. Además, su eficiencia no termina en el hecho de que sus resultados, en cuanto a impartir justicia son inmejorables, sino que el tiempo promedio desde que se hace una denuncia hasta que se logra un fallo inapelable, es de solamente dos meses. Y aún más, es notablemente económica y se autofinancia, lo que le da verdadera independencia y, además, no significa una carga financiera para quienes no utilizan sus servicios. Por otro lado, estos tribunales tienen una ventaja profesional desde que, como se realiza entre pares, puesto que las mismas partes se han obligado libremente, conocen el tema de que se trata al detalle.

Es de destacar que, el éxito de la justicia no coactiva, reside en el peso de su propio prestigio, y no en la fuerza física. Visto que, quién no cumple con algún fallo queda, de hecho, fuera del mercado. Una justicia que es capaz de imponerse sin violencia, hace de verdad a la convivencia y cooperación, y a la eficiencia social. Y esto es verdadera y efectiva autoridad, autoridad moral. Con respecto a la “justicia penal”, lo que está claro es que, si a una persona la ponen frente a un juez que, de hecho, le está diciendo que intentará demostrar que es culpable, para luego enviarlo preso a una cárcel, obviamente, esta persona no cooperará y hará todo lo que sea necesario para evadir la pena del tribunal.

En fin, para ir terminando, lo cierto es que de existir “justicia” penal, primero, debe reconocer que nunca conocerá la verdad de modo absoluto y que, en consecuencia, su accionar no tendrá otro fin que intentar el entendimiento para la convivencia pacífica. Lo que realmente importa primero, no es quién cometió el homicidio y con qué fin, por caso, sino que no se produzcan más muertes y, segundo, intentar que el homicida reconozca su pecado, pero no para vengarnos, sino para que pueda enmendar su vida.

'toda la comunidad china lo sabrá y estará acabado"', según recuerda Jerome Schneider en su *'The Complete Guide to Offshore Money Havens'*, Prima Publishing, USA 1997, p. 37.

Los tribunales penales deberían ser instituciones con verdadera y efectiva vocación de recuperar a la persona. Solucionándole sus problemas¹⁵, en lugar de reprimirlo violentamente con lo que consigue un delincuente todavía más resentido. Empezando por reconocer el infinito valor de la persona humana, por muchos delitos que haya cometido, y su sorprendente capacidad de recuperación. La Iglesia, por caso, tiene una larga historia de grandes pecadores que terminaron siendo grandes santos.

Un tribunal penal deberá ser una institución de verdadero servicio para el delincuente y, consecuentemente, para la sociedad. Sin olvidar, por cierto, a las víctimas, que muchas veces necesitan más ayuda que los criminales debido al injusto daño físico, psicológico o moral que recibieron. Irónicamente, el sistema 'judicial' actual suele olvidarse de las víctimas.

Alejandro A. Tagliavini

¹⁵ Solemos olvidar que, cuando se comete un delito, en rigor, la naturaleza humana violada y que debe ser recuperada, es la del delincuente, no la del agredido. Ya Demócrito (460-370 a. C.) aseguraba que "Quien comete una injusticia es más infeliz que quien la padece" (*Frag.* 45).

HACIA EL FIN DE LA JUSTICIA PENAL

La intención de este escrito es demostrar que la “mano dura” es contraproducente y que, por el contrario, el ideal -el deber ser adonde hay que tender- es a disminuir lo más que se pueda a la “justicia penal”. No se trata de “permisivismo” entendido como el “permiso” para hacer cualquier cosa sin que las malas conductas entrañen algún castigo, sino de asumir que la violencia -la represión violenta del delito- empeora las cosas. Los delitos, las faltas, los pecados conllevan -en principio- su propia pena, precisamente por ello son actos malos, porque violan el orden natural, el orden establecido por Dios, que es el único camino al desarrollo del bien.