

Sobre el dolor penal

lo que hay detrás del escudo de las palabras y qué hacer con ello

Rodolfo Piccioni¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Poder punitivo; III.- Conflicto, dolor y abolicionismos; IV.- Conclusión; V. - Referencias bibliográficas

RESUMEN: En la órbita del Derecho constitucional y administrativo, se denomina “retrocesión” al derecho del sujeto expropiado para obtener la devolución del bien, debido a que no se ha satisfecho la causa de utilidad pública que justificaba el desapoderamiento. No sería descabellado plantear que el fin de la expropiación del conflicto penal a sus legítimos dueños no ha sido cumplido, no sólo por defectos congénitos, sino también por la perversión de su aplicación completamente ajena a cualquier noción de pacificación social. En el presente trabajo trato de indagar, entonces, en los postulados esenciales de Nils Christie en su obra “Los límites del dolor”, el ya muy tratado fenómeno de la “expropiación” del conflicto y una posible perspectiva desde las doctrinas de los métodos alternativos de resolución de conflictos y el proceso compositivo como fundamento de un pretendido derecho a la retrocesión.

PALABRAS CLAVE: Dolor penal – abolicionismos – Christie – conflicto penal – poder punitivo

¹ Abogado (UNLP). Especialización en Derecho Penal (UBA). Docente adscripto de Teoría del Conflicto (UNLP) y colaborador en Derecho Penal I (UNLP) y Medidas de Coerción (UBA). Coordinador del seminario de grado “Conflicto, Derecho y delito: buscando nuevos modelos de justicia” (UNLP). Ministerio Público Fiscal de la Nación. piccioni.rodolfo@gmail.com. El presente trabajo fue elaborado en el marco de la asignatura de posgrado “Criminología”, a cargo del Prof. Dr. Matías S. Bailone, a quien agradezco profundamente.

“[...] *La aflicción es inevitable, pero no lo es el infierno creado por el hombre*”

Nils Christie

I.- Introducción

En la órbita del Derecho constitucional y administrativo, se denomina “retrocesión” al derecho del sujeto expropiado para obtener la devolución del bien, debido a que no se ha satisfecho la causa de utilidad pública que justificaba el desapoderamiento. Se trata de una suerte de condición resolutoria implícita que hace que todo vuelva al estado anterior (retroceda) como consecuencia del incumplimiento de la razón social que justificaba la pérdida del dominio por parte del sujeto expropiado².

En efecto, no sería descabellado plantear que el fin de la expropiación del conflicto penal a sus legítimos dueños no ha sido cumplido, no sólo por defectos congénitos, sino también por la perversión de su aplicación completamente ajena a cualquier noción de pacificación social. Es entonces una derivación lógica necesaria: existe, a partir del derecho de propiedad del ciudadano sobre el conflicto, un sucedáneo derecho del ciudadano de obtener de vuelta el control sobre su propio conflicto (suponiendo que alguna vez lo tuvo, claro).

Para dicha línea reflexiva es sustancial reparar en la obra del noruego Nils Christie, pues es necesario resaltar, en primer término, la ineficacia lógica y fáctica de la pena como imposición de dolor para resolver conflictos. En segundo lugar, cabe preguntarse por la postura política a adoptar frente a tal reconocimiento de la infertilidad punitiva. Las alternativas posibles parecen ser dos: o bien, a pesar de corroborarse reiteradamente la incapacidad del poder punitivo de resolver la conflictividad social, legitimar su ejercicio, o bien *deslegitimarlo*, a los fines de que se aplique en la menor cantidad posible, diseñando una criminología y Derecho penal a tales efectos, pues “*no veo otra posición defendible que la de luchar para que disminuya el dolor*”³.

En el presente trabajo trato de indagar, entonces, en los postulados esenciales de Nils Christie en su obra “Los límites del dolor”, el ya muy tratado fenómeno de la “expropiación” del conflicto y una posible perspectiva desde las doctrinas de los

² EKMEKDJIAN, Miguel, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II. pág. 191.

³ CHRISTIE, 2019, p. 13.

métodos alternativos de resolución de conflictos y el proceso compositivo como fundamento de un pretendido derecho a la retrocesión.

II.- Poder punitivo

Señala Bailone que “*el poder punitivo en sus facetas más o menos actuales no nos viene dado por bases ónticas, sino que fue inventado*”⁴. En ese sentido, se ha dicho que la humanidad no ha conocido siempre y en todo momento el ejercicio vertical del poder punitivo, pues es evidente que su consolidación definitiva se produjo con el proceso histórico social conocido como “Inquisición”. Es con los desarrollos discursivos⁵ y prácticas de dicha institución total que el poder punitivo alcanzó su punto álgido y se cristalizó en la organización social, perdurando hasta nuestros días.

Dichas investigaciones también señalan algo interesante: es erróneo sostener que la sociedad siempre ha tratado los conflictos de esta manera, pues, como enseña Zaffaroni, los pueblos germanos -por ejemplo- conocían otras formas de resolver conflictos especialmente violentos: existían los llamados “juicios de Dios” u “ordalías”, en los cuales, si bien no estaban exentos de una generosa cuota de violencia directa, eran las mismas partes quienes resolvían la contienda⁶. En efecto, el “delito” no es más que una nomenclatura moderna a conflictos que han existido desde siempre⁷; pues el hecho de que el poder punitivo cumpla el “abyecto papel de Demiurgo”⁸ no es más que una construcción política.

En línea con esta cuestión, creo que es interesante hacer un breve *excursus*, plantear una clarificación terminológica que puede derivar en cierta claridad expositiva o discursiva: no es lo mismo un “conflicto” que un “caso” y no es lo mismo “resolver” que “terminar” o “decidir”. Me explico: cuando hablo de conflicto, hago referencia a una especie de relación social caracterizada -a diferencia de las relaciones sociales cooperativas- porque los actores que intervienen en ella tienen o creen tener objetivos incompatibles⁹.

⁴ BAILONE, 2020, p. 39.

⁵ Sobre la importancia trascendental de *Der Hexenhammer* en tanto discurso sistemático y sintético del pensamiento inquisitorial, v. ZAFFARONI, *La palabra de los muertos*, 2011, p. 21-43 y, del mismo autor, *Estudio preliminar* en SPRENGER, KRAMER, *Malleus Maleficarum*, 2021.

⁶ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002, p. 229 y ss.

⁷ BAILONE, 2020.

⁸ Ídem.

⁹ Cfr. ENTELMAN, 2002.

Así, un conflicto es un ente de múltiples aristas, un fenómeno complejo y profundo. Cuando empleo la voz “caso”, me refiero a la traducción jurídico-judicial de un conflicto en el marco de un proceso o litigio. Piénsese en términos de la caverna platónica, el caso sería la proyección -la sombra sin profundidad- del objeto real. Así, también vemos diferencias sustanciales entre los conceptos de “resolver” y “decidir” o “terminar”. En el primer caso, me refiero a la armonización de intereses de los actores de un conflicto, mientras que con el segundo término me refiero a la atribución de razón o responsabilidad (culpa) en el marco de un caso.

La consolidación del poder punitivo como forma de ejercicio vertical de la violencia coincide con los que Zaffaroni, Alagia y Slokar destacan como el paso de la *disputatio* a la *inquisitio*, como formas de acceso a la verdad. El conocimiento de la verdad procesal se obtenía mediante lucha, combate o duelo entre partes (o su equivalencia simbólica) y el triunfo probaba que Dios estaba de su lado (ordalía o juicio de Dios). Dichos autores destacaron que *“cuando este paradigma metodológico de lucha fue desplazado por la interrogación, superando las anteriores pendulaciones, puso en marcha en Europa un proceso de acopio del poder inquisitorial”*¹⁰.

Como destaca Alagia, el código de Hammurabi y otras leyes más antiguas son el testimonio arqueológico del momento en el que la historia de la humanidad conoce la expropiación de conflictos particulares, el fin de la reparación y la sanción de los primeros crímenes de “lesa majestad”. El *ius puniendi* encarnará en adelante figuras de autoridad para hacerse cada vez más fuerte y centralizado¹¹. Agrega:

“Supervivencias de instituciones de reparación se encuentran tardíamente en la alta Edad Media entre los germanos, donde una asamblea de hombres libres obliga al culpable al pago de Wergeld. Si hay reparación no hay guerra: concluye la ‘pérdida de la paz’ para el infractor; o se compra la lanza o se la afronta”¹².

En efecto, según resalta el mismo autor, en la doctrina penal y en la criminología hay una creencia generalizada sobre la relación causa-efecto entre la expropiación de los conflictos particulares y la consolidación de la autoridad punitiva moderna durante los siglos XIII y XIV, período en que la fragmentación política da paso a la centralización autoritaria del poder. Así, confiscación del conflicto y

¹⁰ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002, p. 262.

¹¹ ALAGIA, 2013, p. 134.

¹² Ídem, p. 135.

monopolio de la violencia legítima son dos procesos encadenados e interdependientes¹³.

III.- Conflicto, dolor y abolicionismos

Larrauri, citada por Bailone, concretiza las características estructurales de los postulados abolicionistas en unas pocas premisas¹⁴:

(a) La ley penal no es inherente a las sociedades, pues el fenómeno de la expropiación de la víctima se gestó durante la Inquisición medieval.

(b) El delito es una construcción, se identifica por una decisión político-legislativa.

(c) La responsabilidad penal es segmentada, porque sólo toma en cuenta la microdimensión fáctica y no las circunstancias que lo rodean.

(d) La persecución penal (criminalización secundaria) opera con una característica fundamental: la selectividad del poder punitivo.

(e) La pena no cumple ninguna de las funciones (por lo menos las formales) que se le atribuyen.

En el trabajo titulado “Los conflictos como pertenencia”, Nils Christie postula que la criminología oficial ha jugado un rol importante en la consolidación del proceso de expropiación de los conflictos a los protagonistas por parte del Estado¹⁵. Kostenwein señala, a partir del análisis del ejemplo que Christie brinda respecto de la solución compositiva de un conflicto en Tanzania, que *“el punto central que plantea Christie tiene que ver con la cercanía social, con la fraternidad y la ausencia de anonimato: cuando estos elementos están presentes, las personas implicadas en el conflicto son verdaderamente irremplazables”*¹⁶.

Para Christie, destaca agudamente el Profesor Zaffaroni:

“el mejor ejemplo de la solidaridad orgánica lo proporcionan las sociedades limitadas, cuyos miembros no pueden ser sustituidos, a diferencia de los grandes grupos, donde se limitan las

¹³ Ídem, p. 136.

¹⁴ BAILONE, 2020, p. 41, citando a LAURRAURI, *Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista*, Poder y Control, 1987, p. 104 y ss.

¹⁵ 2016; v. también KOSTENWEIN, 2023.

¹⁶ KOSTENWEIN, 2023.

*condiciones de solidaridad y donde los papeles obligatorios pueden ser sustituidos con facilidad, a través del mercado de trabajo, de lo cual los excluidos se vuelven candidatos ideales para el sistema punitivo*¹⁷.

Continúa el Maestro señalando que *“las observaciones de Christie, pese a que no nos proporciona una táctica clara para el abolicionismo, son altamente reveladoras para nuestro margen y particularmente para la defensa de los vínculos horizontales o comunitarios de simpatía*”¹⁸.

Tal vez, a pesar de la profundidad del breve artículo titulado “Los conflictos como pertenencia”, la obra más interesante de Nils Christie sea “Los límites del dolor”, publicado originalmente en 1981. Haré de ella un breve comentario:

Como destaca el autor en el comienzo de la obra, la imposición de un castigo dentro del marco de la ley significa *“causar dolor, dolor deliberado”*. Sin embargo, la humanidad ha tratado desde siempre esconder este carácter básico del castigo, pues se opone a los valores estimados socialmente como la bondad o el perdón. La extinción del castigo por los delitos, por lo menos en los términos por Christie, no es un objetivo a concretar en términos reales (*meta*) pues se trata de *“ideales que nunca se alcanzarán...”*, sino una dirección de sentido (*telos*), *“...pero que han de ser perseguidos”*¹⁹.

A partir de dicha postura, se imponen dos reglas: la primera dicta que cuando se esté en duda, no se debe imponer dolor. Otra, que se imponga el mínimo dolor posible. Para reducir el dolor impuesto por el hombre, deberíamos fomentar el establecimiento de sistemas estructurados a partir del diálogo real pues *“muchas desviaciones son solo torpes intentos de decir algo”*²⁰. Así, *“los sistemas sociales deberían construirse de manera que redujeran al mínimo la necesidad percibida de imponer dolor para lograr el control social. La aflicción es inevitable, pero no lo es el infierno creado por el hombre”*²¹.

Bailone recuerda una interesante cita de Emil Cioran: *“Ávidos de una nomenclatura para lo irremediable, buscamos un alivio en la invención verbal, en las claridades suspendidas encima de nuestros desastres. Las palabras son caritativas: su frágil realidad nos engaña y nos consuela...”*²². En el mismo sentido, Christie señala que *“[L]as palabras son un buen medio de disfrazar el*

¹⁷ 1998, p. 106.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ 2019, p. 9.

²⁰ Ídem, p. 13.

²¹ Ibidem.

²² BAILONE, 2020.

carácter de nuestras actividades [...]”²³; es decir, las palabras escudan funciones y consecuencias de lo punitivo que no quisiéramos ver allí, “[p]or medio del lenguaje y la ceremonia, la aflicción ha desaparecido de la vida pública. Y también el castigo”.

Así, *“el fenómeno del dolor y sufrimiento casi se ha extinguido, incluso en los libros de texto sobre derecho penal”²⁴. Es que, en definitiva, los eufemismos que usualmente se utilizan en el discurso sobre lo penal esconden la naturaleza más esencial y primitiva del castigo: en los términos impuestos por nuestro sistema, el castigo es una imposición consciente de dolor. “Se supone que los que lo reciben deben sufrir, [... es algo] que haga sufrir, que lastime”²⁵.*

En efecto, causamos dolor deliberadamente y, aunque discrepa gravemente con otros fines sociales como la felicidad del pueblo, elegimos nomenclaturas que sacien los cargos de conciencia. Christie expresa que *“[L]os dolores del castigo quedan para aquellos que lo reciben. Por medio de la elección de palabras, de las rutinas del trabajo, de la división del trabajo y de la repetición, todo el asunto se ha convertido en el reparto de un producto”²⁶.*

De forma similar a la que Zaffaroni compara la criminología con la *selva selvaggia* dantesca, Christie postula que *“[c]omo olas de gran peso, las diversas formas de control de la delincuencia aparecen, desaparecen y vuelven a aparecer”, y se pregunta: “¿[n]o existe entonces un océano calmado, una posición pacífica o una etapa intermedia en que el péndulo deje de moverse, donde se establezca armonía?”²⁷.*

Sobre qué condiciones son necesarias para que haya un nivel bajo de imposición de dolor, Christie destaca cinco categorías básicas. Veamos:

(i) *Conocimiento*. A partir del análisis de diversos casos de comunidades nórdicas, Christie observa que cuanto mayor sea la cantidad de información sobre la totalidad de la vida de los miembros del sistema, menos útiles y necesarios son los conceptos de “enfermedad”, “locura”, “delito”, “crimen”, etcétera. Así, los castigos simplificados no serán considerados como respuestas naturales y obligatorias.

(ii) *Poder*. El poder, para Christie, significa la capacidad para hacer que los demás hagan lo que uno desea que hagan, independientemente de sus deseos. En este caso, la posibilidad de “repartir” dolor. Frente a la tarea asignada de resolver un conflicto

²³ 2019, p. 15.

²⁴ Ídem, pp. 16-17.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ídem, p. 20.

²⁷ Ídem, p. 63.

que derivaría en la imposición de dolor, nos enfrentamos a dos alternativas: la primera, dotar de poder a las personas encargadas; la segunda, no dar poder a los encargados de manejar el conflicto²⁸.

(iii) *Vulnerabilidad*. Una forma de controlar el poder es hacer vulnerables a quienes lo ostentan; la vulnerabilidad se puede establecer por varias formas: por igualdad de posición, por igualdad de cualidades y por proximidad física.

(iv) *Dependencia mutua*. En comunidades solidarias (solidaridad mecánica, en términos de Durkheim), los participantes llegan a ser dependientes unos de otros; intercambian servicios y de esta forma se controlan mutuamente. El contraste es una sociedad de iguales, donde los miembros están en cierta forma unidos por la similitud y donde los participantes no pueden ser reemplazados.

(v) *Sistema de creencias*. Al abrirse a la importancia de las creencias, también se está abierto a las creencias que demandan dolor. *“El palacio de la Inquisición en Cartagena es un edificio muy hermoso, donde vivieron con dignidad y comodidad benévolo sacerdotes, con la cámara de torturas sólo un piso más abajo”*.

Finalmente, Christie recuerda que es importante “no presuponer que los conflictos *deben resolverse*”²⁹. También es estrecha y poco participativa la voz “manejo” o “gestión”; tal vez fuera mejor la nomenclatura “participación en el conflicto”³⁰. Para el autor noruego, los conflictos pueden resolverse, pero también resulta posible convivir con ellos. Es más, señala, recuperando postulados propios en “Los conflictos como pertenencia”:

*“Los conflictos no son necesariamente una ‘cosa mala’. También pueden verse como algo de valor, como producto que no debe desperdiciarse. Estos no abundan en una sociedad moderna; más bien escasean. Están en peligro de perderse, o de que alguien se los robe. La víctima en un caso penal es una especie de perdedor por partida doble en nuestra sociedad: en primer lugar, frente al infractor, y después frente al Estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto. El Estado le roba su conflicto, un todo que es llevado a cabo por profesionales”*³¹.

Se observa en las ideas de Christie un argumento muy común en las doctrinas de los medios alternativos de resolución de conflictos: en la justicia “participativa”,

²⁸ Esta idea en CHRISTIE parece comulgar con la necesidad de autocomposición en el proceso penal como base para la “retrocesión”.

²⁹ Ídem, p. 79.

³⁰ Nótese que, como todo nombre, encierra una voluntad. El foco no es el resultado, sino el acto.

³¹ Ídem, p. 80.

lo importante es el proceso, no el resultado. En efecto, mientras que el Código Penal impone una escala de valores a través de la amenaza de pena a distintos comportamientos lesivos³², en la justicia participativa la “aclaración de los valores” se produce en el proceso mismo.

En la búsqueda de las razones que hacen que en nuestras sociedades la compensación de la víctima como modelo reparador no sea la norma, Christie identifica que una primera dificultad está en la especialización; una segunda, en la pobreza: la compensación implica que quien delinque tiene que dar algo a cambio en el marco de un acuerdo reparatorio³³. Una tercera objeción puede ser sintetizada así *“la víctima fuerte exprimiría al ofensor pobre fuera de toda proporción, o el infractor poderoso simplemente se reiría de la víctima si se mencionara la compensación. O habría peligro de ‘vendettas’”*³⁴.

IV.- Conclusión

Para concluir, entiendo esencial reafirmar una voluntad política, toda vez que la criminología es una actividad política, de militancia respecto del poder: existen ciertos conflictos interpersonales que, por razones históricas, políticas, culturales y económicas han recibido una caracterización particular. Han recibido la nomenclatura de “delitos” y, a partir de la consolidación del poder punitivo luego del proceso inquisitorial europeo, se ha vinculado a su producción una respuesta estatal particular, una bestia magnífica: la pena.

En ese entendimiento y a partir de la deslegitimación analizada de esta forma de responder a la conflictividad social es que se asume un compromiso político, es decir, la voluntad de que cualquier intervención sobre la conflictividad penal tiene que seguir un norte básico: la pacificación (o, por lo menos, la no violentización) de las relaciones interpersonales.

³² Esto es cierto siempre y cuando el sistema sea internamente coherente y represente un todo que traslade las valoraciones sociales a las escalas punitivas. Sabemos, sin embargo, que los fenómenos de *inflación penal* y demagogia punitiva han ido a contramano de tales fines, a tal punto de que hoy no puede hablarse con tanta liviandad de una relación clara de valores en el digesto penal.

³³ Aquí citaré textualmente a CHRISTIE en, tal vez, una de sus ideas más profundas, pero a la vez menos tratadas (y cuya indagación excede el marco de este trabajo): “Dejamos que los pobres paguen con el único producto que se acerca a estar distribuido equitativamente en la sociedad: el tiempo, que se quita para crear dolor” (2019, p. 81).

³⁴ Ídem, p. 82.

La criminología (por lo menos los discursos dominantes a lo largo de su turbulenta historia) ha sido funcional a la legitimación del ejercicio del poder punitivo. En ese sentido, entiendo fundamental revisar las bases discursivas respecto de lo que se dice de la cuestión criminal (la palabra de los muertos, la palabra de la academia, la palabra de los medios) para trabajar sobre dos puntos: en primer lugar, reconocer que no hay ningún árbol nuevo en la *selva selvaggia* y, en segundo lugar, preguntarse respecto de las alternativas a futuro.

En esa línea, y valiéndose de toda la bibliografía crítica y abolicionista respecto del poder punitivo, entiendo que el camino a seguir ese respecto del primero de los puntos mencionados. Respecto del segundo, creo que la noción que debe gobernar la formulación de alternativas a la intervención punitiva respecto de la conflictividad penal no puede ser otra que la de la devolución de la propiedad del conflicto a los particulares, pues esa es la perspectiva que mejor garantiza los derechos y libertades individuales y la que permite diseñar estrategias y métodos de resolución que, sacrificando el castigo público y el escarmiento vindicativo, permitan estabilizar la violencia (y, en el mejor de los casos, disminuirla) y no aumentarla.

Son los protagonistas del conflicto quienes deben mantener el sí y el cómo del desarrollo de su solución, pues como reza una conocida frase en la doctrina de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC): quien no es parte del proceso, difícilmente sea parte de la solución.

Desde ya que existen o pueden pensarse interrogantes que aún quedan sin resolverse. Por ejemplo, ¿existen conflictos tan violentos, tan disruptivos de la paz social que necesiten una pena? ¿existen particularidades de lo punitivo que impiden su composición?

V.- Referencias bibliográficas

- ALAGIA, Alejandro (2013). Hacer sufrir, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar.
- BAILONE, Matías (2012). En busca de una sensata cantidad de abolicionismo: de la conciencia política al desarrollo académico, p. 85-108, en POSTAY, Maximiliano E. (2012), El abolicionismo penal en América Latina, Buenos Aires, Del Puerto.
- BAILONE, Matías (2020). Tomar partido: la anticriminología a debate, 1ª ed., Ojelnik.

- BARRIOS, Nicanor (2021). Retomar el intento por reducir el dolor: El fantasma de Nils Christie recorre los procesos adversariales-acusatorios, *Revista Pensamiento Penal*, n° 10-2021.
- BINDER, Alberto M. (2018). *Derecho Procesal Penal*, tomo IV: teoría del proceso compositivo. Reparación y pena. Conciliación y mediación. Suspensión del proceso a prueba, 1ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc.
- CHRISTIE, Nils (2016). Los conflictos como pertenencia, *Revista Pensamiento Pe-nal*, 4/10.
- CHRISTIE, Nils (2019). *Los límites del dolor*, 1ª ed., Santiago de Chile, Olejnik.
- KOSTENWEIN, Ezequiel (2023). Teorizar los conflictos para poner en práctica la pertenencia: tres imágenes alternativas al castigo estatal, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 13, issue 5.
- ZAFFARONI, Eugenio R. (1998). *En busca de las penas perdidas*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar.
- ZAFFARONI, Eugenio R. (2011). *La palabra de los muertos. Conferencias de crimi-nología cautelar*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro W. (2002). *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar.