

## Introducción

**Alejandro S. Cantaro**

*Universidad Nacional del Sur*

Este primer número de *Programma* reproduce una de las discusiones teóricas más importantes de los últimos tiempos sobre la pena. Elegimos esta controversia como movida inicial de lo que esperamos sea una partida prolongada y fértil en ideas. Lo hicimos por dos razones: en primer lugar porque muchos no conocían estos ensayos de dos de los más prestigiosos y serios juristas argentinos, y nos pareció que ellos pueden servir de base para nuevas discusiones sobre un tema que está lejos de agotarse o del que pueda predicarse un final de historia. En segundo lugar por cuanto se trata de un buen ejemplo del tipo de controversia de las que la revista pretende ser vehículo: aguda, profunda y sin pre-juicios.

El origen de la controversia central podría ubicarse en 1980, cuando Carlos S. Nino publicó "Los límites de la responsabilidad penal", que es la versión en español de su tesis doctoral en la Universidad de Oxford y donde esbozó su "teoría consensual de la pena"; unos años más tarde -1989- Eugenio R. Zaffaroni escribió "En busca de las penas perdidas", un ensayo donde anticipa su "teoría agnóstica de la pena".

Más tarde en la revista "No hay derecho", en el año 1991, cruzaron espadas sobre justificaciones utilitaristas de la pena

Cantaro A. S.  
Introducción

y teorías de la abolición, dando lugar a la controversia que hoy ocupa la primera sección de la revista. Seguidamente se publican dos breves ensayos críticos de las tesis centrales, uno de Daniel E. Rafecas y otro de Jaime Malamud Goti.

- I -

#### La teoría consensual de la pena

Según Carlos S. Nino, la pena no es algo que cae sobre sus víctimas como consecuencia de un hecho fortuito o por la acción de terceros sin posibilidad de control por parte de aquellas. Es producto, entre otras cosas, de la voluntad de la persona misma que la sufre. Esto es al menos así cuando se respetan ciertos requerimientos relativos a la conducta y actitudes subjetivas del destinatario de la pena. Cuando la consecuencia jurídica de un acto voluntario ha sido conocida por el agente, podemos decir que él la ha consentido. Y es este consentimiento el que se toma como moralmente relevante para justificar la ejecución de la consecuencia jurídica de que se trate, contra la persona que la ha consentido; o, dicho de otro modo, el consentimiento de ciertas consecuencias normativas jurídicas da lugar a consecuencias normativas de carácter moral.

Dice Nino que el individuo que ejecuta un delito sabiendo que la pérdida de la inmunidad jurídica contra la pena es una consecuencia necesaria de su acto, consiente en esta consecuencia normativa, del mismo modo que un contratante consiente una consecuencia normativa que resulte del contrato y una persona que asume un riesgo consiente en perder la

acción resarcitoria que de lo contrario tendría. El consentimiento a asumir la sujeción jurídica a sufrir una pena es irrevocable e independiente de la actitud del agente respecto del hecho que es objeto de la caracterización normativa, y lo relevante es el consentimiento referente a las consecuencias normativas del acto, o sea, en el caso de la pena, el consentimiento a asumir una sujeción jurídica a ella. Sostiene Nino que ese consentimiento está presente cuando la acción del agente es voluntaria y cuando el agente sabe que la consecuencia normativa se sigue necesariamente de tal acción.

Para Nino en tanto y en cuanto se exija para la imposición de una pena el consentimiento del agente a perder la inmunidad contra ella, puede superarse la deficiencia de la justificación de la pena basada meramente en el principio utilitarista de la protección social. Sostiene que si la obligación a cuya violación se imputa una pena es una obligación justificada, las autoridades implicadas son legítimas y la pena es un medio necesario y efectivo para proteger a la comunidad contra males mayores, el hecho de que el individuo haya consentido libremente en hacerse sujeto de una pena (mediante la comisión de un delito, con conocimiento de que la pérdida de su inmunidad es un efecto necesario de él) provee una justificación *prima facie* para el ejercicio de la facultad correlativa de penarlo.

Sostiene Nino que así como la justificación de cierta distribución sobre la base de la libre elección de los interesados presupone la justicia de la regulación jurídica en cuyo marco tales decisiones se han adoptado, lo mismo puede

decirse acerca de la responsabilidad penal: una distribución particular de medidas punitivas sólo puede justificarse sobre la base del consentimiento de sus destinatarios cuando las leyes que crean las figuras delictivas son justas (así, las leyes no deben ser discriminatorias ni proscribir acciones que la gente está moralmente facultada a realizar) y cuando la penalidad imputada al delito implica un mal menor que el implicado en el delito y es un medio necesario y efectivo para prevenirlo.

Esta concepción de Nino implica, para imponer una pena a alguien, primero que la persona penada haya sido capaz de evitar el acto al que se imputa responsabilidad penal. Esto excluye los raros casos de punición de personas inocentes que podrían admitirse si sólo se tuvieran en cuenta meras consideraciones de protección social. Segundo, la persona penada debe haber consentido en ejecutar el acto que acarrea responsabilidad penal. Y tercero, ella debe saber que la asunción de tal responsabilidad es una consecuencia necesaria del acto que ha consentido en ejecutar. Nino llama a esta actitud básica que debe requerirse para la imposición de una pena, "asunción de la pena", y denomina al principio que exige como condición de la pena que el agente haya consentido en asumir una responsabilidad penal, "principio de asunción de la pena".

Según Zaffaroni las teorías positivas de la pena asignan a la punición una función manifiesta determinada y la consecuencia

de ello es que queda fuera de sus horizontes toda la coacción estatal que no responde a la función asignada y que, por arbitraria definición, no es punitiva aunque materialmente lo sea. Se confunde así el poder punitivo lícito con el poder punitivo a secas. Como la función manifiesta se considera positiva, el estado tiene el deber de extenderla cuantas veces lo considere necesario o conveniente, por lo cual, la función no sólo sirve para legitimar la pena y para deducir la teoría del derecho penal, sino también para deducir todo un derecho penal subjetivo cuyo titular sería el propio estado.

Esta situación sólo es superable con una nueva teoría negativa o agnóstica de la pena que parta del fracaso de todas las teorías positivas -por falsas o no generalizables-. Solamente así es posible delimitar el horizonte del derecho penal sin que su acotamiento provoque la legitimación de los elementos del estado de policía que son propios del poder punitivo que acota.

La teoría negativa permite incorporar todos los datos de la realidad -recabados por la criminología- y así romper con la dogmática tradicional, mediante una teoría funcional y práctica, especialmente dirigida a las agencias jurídicas. Señala Zaffaroni que la única forma de realizar dogmática desde una postura altamente crítica es recurriendo a una teoría que tome en cuenta que el poder de castigar -al igual que la guerra- son ejercicios de poder no legitimables. Así, al no recurrir a las tradicionales teorías de la pena, y no tener que justificarla, es posible contraponer el derecho penal al poder punitivo, como un límite del mismo. La pena no tiene justificación jurídica, por ser un hecho de poder. El derecho

penal puede y debe criticar en base a los postulados constitucionales y ejercer su tarea, que es limitar el ejercicio del poder punitivo. Y en este sentido, dice Zaffaroni que esta teoría permite sostener, como ninguna otra, que las agencias del sistema penal ejercen su poder para controlar un marco social cuyo signo es la selectividad y la muerte masiva.

Dice Zaffaroni que el derecho penal reductor tiende -entonces- a deslegitimar el poder punitivo como poder y a relegitimar el derecho penal como saber. Los destinatarios del programa reductor elaborado por Zaffaroni son los operadores de las agencias jurídicas que deben tomar decisiones en los casos concretos que se les plantean y cuyo poder es racional si lo ejercen en la medida en que su propio poder lo permite y orientado hacia la limitación y contención del poder punitivo. Dice Zaffaroni: *"Siempre que las agencias jurídicas deciden limitando y conteniendo las manifestaciones del poder propias del estado de policía, ejercen de modo óptimo su propio poder, están legitimadas, como función necesaria para la supervivencia del estado de derecho, y como condición para su reafirmación contenedora del estado de policía que invariablemente éste encierra en su propio seno."* (*Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, 2002).

- III -

Las críticas a las teorías negativa y consensual de la pena

En la segunda sección se publica una crítica de Daniel E. Rafecas a la teoría agnóstica de la pena. En ella el autor enfoca su mirada de censura hacia lo que llama una dicotomía radical que la teoría negativa plantea entre las funciones

reservadas a las agencias policial y judicial, relacionada con el enfrentamiento entre el ejercicio del poder punitivo y el Derecho Penal. La opinión crítica de Rafecas se centra en la confusión de los planos del *ser* y del *deber ser* en los que a su juicio Zaffaroni colocaría a la policía y a la agencia judicial respectivamente. De este modo, dice el profesor Rafecas, se enfrentan dos aseveraciones, cada una de ellas correctas, pero que operan en distintos planos, cuando lo correcto hubiese sido comparar como *son* y como *deben ser* las agencias policiales y judiciales. Así, le reprocha a la teoría agnóstica caer en el mismo vicio que ésta le enrostra a su vez a las demás teorías, esto es incurrir en una falacia normativista. Según Rafecas esta crisis sólo se resuelve en el garantismo penal de Ferrajoli, acercando en todos los frentes las dimensiones del deber ser y del ser.

Luego Jaime Malamud Goti propone un abordaje crítico de la teoría consensual de la pena, desde dos diferentes dimensiones. En primer lugar censura a Nino la doble fundamentación del castigo en dos planos diferentes: la práctica social generalizada de castigar y la condena concreta a una persona. Dice que para que su tesis cumpla con el ideal utilitarista, Carlos Nino piensa que lo que justifica la práctica general de castigar es el efecto disuasivo de las condenas. Sin embargo, Nino exige que el individuo concreto haya *asumido* el castigo que habrá de imponérsele para la puesta en funcionamiento de la institución. Nino apela, a diferencia de otros utilitaristas como Rawls, a razones de diferente raigambre filosófica en uno y otro nivel.

Dice Malamud que para Carlos Nino, la justificación del castigo yace en que, en un primer nivel, la práctica general debe

resultar un medio eficaz para disuadir a potenciales agentes de realizar aquella conducta que motiva la condena. En cuanto al criterio de adjudicación es correcto afirmar que ha *asumido* (o *consentido*) el castigo que le imponemos.

El contrasentido de este doble proceso evaluativo es que, cuanto menor sea el número de agentes condenados, menor será el efecto intimidatorio del castigo hasta el punto en el cual el castigo de alguien que podrá haber cometido un delito y aceptado la pena igualmente desautorice la práctica porque su castigo ha pasado a ser solamente un caso aislado y, como tal, insuficiente para disuadir a nadie. La situación inversa también es relevante. En este segundo supuesto los jueces castigarán conforme a la utilidad general del castigo para el caso concreto, para lo cual dejarán de lado toda restricción deontológica originada en el primer supuesto. De esta manera, Nino no logra que el castigo satisfaga las exigencias disuasivas que demandan los utilitaristas ni el respeto por la dignidad del individuo que exigen los kantianos. El cálculo utilitarista estará siempre presente en detrimento de la dignidad del individuo o, al revés, la dignidad del individuo impedirá que las condenas sean justificables por su utilidad.