

Réplica

Carlos Santiago Nino

Esta es una breve respuesta a la réplica de Zaffaroni a mis críticas a su libro “En busca de las penas perdidas”. La respuesta es breve porque no quiero caer en la tentación de enredarme en una serie de aclaraciones a los malos entendidos en los que él habría incurrido al imputarme haber caído a mi vez en malos entendidos sobre los argumentos de su obra. Tampoco quiero incurrir en el hábito de abogado de contestar todo lo que creo erróneo en su argumentación. La verdad es que, independientemente de lo que considero errores y equívocos en la réplica de Zaffaroni, ella es una pieza sumamente valiosa: aclara varios puntos importantes de su pensamiento y condensa sus objeciones al sistema penal vigente de una forma más escueta, precisa y descriptiva que lo que lo hace en el libro que comenté.

Como resultado de las aclaraciones que hace Zaffaroni en “¿Vale la pena?” la distancia entre nosotros se ha reducido considerablemente. Zaffaroni admite un amplio margen para la coacción estatal, entre otras cosas para reducir la anomia generalizada en la sociedad argentina, y lo hace, además, (como yo propugno en “Los límites de la responsabilidad penal” (1)) sobre la base, de acuerdo a sus palabras, “de un cálculo de violencias posibles que debe hacerse en cada caso para decidir la táctica menos violenta”.

Nino C.S.
Réplica

Buena parte de esa violencia Zaffaroni la admite bajo el rótulo de “coacción estatal directa” mientras que yo prefiero llamarla lisa y llanamente “pena”. En el libro mencionado más arriba propongo distinguir entre penas y otras medidas coactivas empleadas por el estado por el hecho de que forma parte de la razón por la que una pena se estipula y aplica el dar lugar a una molestia, dolor o sufrimiento de la persona que la padece, sea como un fin en sí mismo (como lo asume el retribucionismo) o como un medio para otro fin (como lo asumen las demás justificaciones de la pena). En cambio, en el caso de las medidas coactivas no punitivas, el sufrimiento, dolor o molestia causados a quien las padece no forma parte de la razón por la cual ellas se imponen, sino que son en todo caso efectos secundarios tal vez necesarios pero no buscados (de modo que si se pudieran eliminar, por ejemplo compensando al perjudicado, no por eso la medida perdería su razón de ser).

Me parece obvio que la grúa y más aún el cepo no buscan sólo resolver en forma directa una situación de obstaculización de tránsito, sino también causar una molestia al propietario del vehículo con el fin de desalentar futuros comportamientos similares. ¡Y cualquiera de nosotros sabe, por haberlo sufrido en carne propia, que son medidas bastante “efectivas” en ese sentido! Al contrario de lo que sugiere Zaffaroni, el ver a medidas de esta índole como verdaderas penas sirve para extender las garantías del derecho penal liberal a su aplicación. Esa extensión es menos imperiosa en el caso de otras medidas coactivas aplicadas por el estado que no se dirigen a causar sufrimiento a sus víctimas y que, en consecuencia, pueden ser acompañadas por mecanismos, como la indemnización, tendientes a paliar ese sufrimiento.

El que Zaffaroni no parezca dar importancia al efecto preventivo general no sólo del cepo y de la grúa sino de penas más importantes, como la prisión, francamente me desconcierta. Sostiene que no hay pruebas positivas ni negativas sobre ese efecto. Sin embargo, todos vivimos múltiples circunstancias de la vida cotidiana en que la gente deja de cometer un delito o una falta por temor a la aprehensión policial, al procesamiento, al castigo, y a la exposición pública a que todo ello da lugar.

Zaffaroni me interpreta mal en un punto que no puedo pasar por alto: yo no me siento tranquilo por las 15.000 personas que están en prisión; en todo caso, lo que me hace estar menos intranquilo de lo que de otro modo me sentiría es la obvia existencia de millones de personas que tratan de no formar parte de ese grupo de 15.000 personas evitando cometer delitos que de otro modo cometerían. Si las 15.000 que están siendo usadas para crear ese efecto desalentador sobre las acciones de otras personas están sufriendo un sacrificio ilegítimo o no, depende de que hayan consentido perder su inmunidad contra la pena al realizar el acto constitutivo del delito en cuestión; esto no depende de ningún contrato previo, metafórico o no (de lo contrario, cuando uno consiente en pagar la cuenta del restaurante al pedir la comida debería también haber un contrato previo a ese pedido). Obviamente ese consentimiento depende de la voluntariedad y el conocimiento con que fue cometido el delito y ello, como lo trato de demostrar en “Ética y Derechos Humanos” (2), no está determinado por el hecho de que el acto voluntario esté o no condicionado causalmente sino por el hecho de que no esté condicionado en forma notoriamente

Nino C.S.
Réplica

desigual respecto del resto de la comunidad. Aquí es donde me inclino a pensar que Zaffaroni tiene bastante razón, ya que parece “*prima facie* claro” que los sometidos efectivamente a pena son más vulnerables socialmente en el sentido de Zaffaroni.

El que Zaffaroni asocie el efecto preventivo general no con la gente que está afuera sino con la que está adentro de la cárcel, es demostrativo de una extraña resistencia a percibir ese efecto. Como, en un momento, la insistencia de alguien con tanta experiencia teórica y práctica en temas criminológicos como Zaffaroni me hizo dudar de si lo que yo veo como tan obvio no sería el resultado de una alucinación, en una encuesta realizada por el Centro de Estudios Institucionales sobre diversos aspectos de la ilegalidad en la Argentina, hice incluir una pregunta sobre si alguna vez el encuestado dejó de cometer una falta o delito por temor a la sanción. Aunque es obvio que se trata de una pregunta demasiado directa como para evocar respuestas sinceras en la afirmativa, aun así el 37,3% de los encuestados contestó positivamente. Por lo tanto, ¡por fin ahora tenemos la prueba positiva del efecto preventivo general de la pena que, según Zaffaroni, nunca se obtuvo!

Pero es evidente que la cuestión no puede residir en negar el efecto preventivo general que las penas pueden tener sino, parafraseando de nuevo a Zaffaroni, en hacer un cálculo de violencias posibles y elegir el curso de acción menos violento (computando tanto la violencia implícita en la pena como la que está constituida por la comisión de delitos). No veo cómo este cálculo puede hacerse sin las pruebas complejísimas de índole empírica que a Zaffaroni le molesta que le reclame.

Mi pálpito es que esas pruebas van a dar parte de la razón a Zaffaroni en el sentido de que muchas de las actuales penas pueden reemplazarse por compensaciones civiles o por otro tipo de medidas reparatorias, coactivas o no, sin mengua de los efectos preventivos del sistema (precisamente en un libro que acaba de aparecer, *“Un país al margen de la ley”* (3), me extendo acerca de la falta de uso adecuado que se hace en la Argentina de la compensación civil como medio de control social).

También me inclino a pensar que muchas penas cruentas como la de prisión pueden reemplazarse en muchos casos por penas menos deletéreas, como la de multa, inhabilitación o medidas de vigilancia, sin que de nuevo haya una significativa merma en la eficacia preventiva del sistema.

Ni siquiera me opongo a que se experimente cautelosamente en este sentido, aun antes de tener las complejísimas pruebas indirectas que nos permitirían ir sobre seguro.

Pero sí me opongo a que se generalice sosteniendo que toda pena es inherentemente ineficaz (al menos en una medida que hace que sus efectos beneficiosos nunca puedan compensar sus costos), a que se ignore que la pena puede ser un medio de protección a los Derechos Humanos (y no sólo usada como táctica en algunos casos de violaciones aberrantes), a que se desconozca el obvio efecto preventivo general de algunas penas, y a que se desprecie la necesidad de corroborar las conclusiones teóricas con pruebas empíricas fehacientes, y a que no se distinga suficientemente entre un orden jurídico legítimo pero parcialmente injusto de uno

Nino C.S.
Réplica

ilegítimo (como se hace cuando se insiste en asimilar las penas con secuestros).

En el fondo creo que la diferencia de fondo entre mi posición y la de Zaffaroni puede mostrarse recurriendo de nuevo a la idea de utopía. Permítanme presentar ahora de la forma más clara posible, como él mismo lo aclara, la crítica de Zaffaroni a los sistemas penales que se aplica aún a los países más desarrollados.

Es muy posible que Zaffaroni tenga razón y que aun un país como Noruega, pongamos por caso, tenga un sistema penal cuestionable. Sin embargo, no creo yo que en la Argentina podamos progresar en forma viable y efectiva sobre la base de un modelo crítico que se aplique también a Noruega. Creo que hay muy pocos casos en que un país sumamente atrasado en algún aspecto trascendente de su organización social toma un atajo que le permite superar aun la situación de los países más civilizados del mundo. Pienso que sería un enorme adelanto si podemos aproximarnos a la situación de un país como Noruega; cuando lleguemos a ese estadio ya tendremos oportunidad de continuar con nuestro análisis crítico. Mientras tanto, no me parece que sea pragmáticamente conveniente -aunque puede ser interesante desde el punto de vista de la especulación teórica- hacer una crítica global e indiscriminada del sistema penal. Creo que es más útil y practicable discutir, con experiencias y estadísticas comparadas en la mano que tomen en cuenta primariamente los efectos preventivos generales, cómo pueden atenuarse los efectos deletéreos de las penas más cruentas, qué pena cruenta puede ser reemplazada por una pena menos nociva, qué pena puede

ser reemplazada por medidas de supervisión o por compensaciones civiles, etcétera. Y sobre todo debe discutirse cómo puede hacerse más igualitario y menos discriminatorio el actual sistema penal, evitando que recaiga fundamentalmente sobre los sectores menos favorecidos socialmente que son, por otra parte, las principales víctimas de la anomia social que el sistema penal debería intentar prevenir.

Es obvio que este discurso es menos apasionante y atractivo que la denuncia generalizadora del actual sistema penal. Sin embargo, creo que está más cerca de la posibilidad de acción inmediata y efectiva. No me cabe la menor duda de que pocos estudiosos pueden contribuir tanto como Zaffaroni a este segundo tipo de discurso -que presupone que, por mucho tiempo más, las penas van a seguir siendo "de nosotros"-, confrontando a quienes defienden el presente, el insostenible, statu quo. ■

NOTAS

- (1) Astrea, Buenos Aires, 1980.
- (2) Astrea, Buenos Aires, 1989, cap. 6.
- (3) EMECE, Buenos Aires, 1992.

Nino C.S.
Réplica