

Réplica (Cierre del debate)

Eugenio Raúl Zaffaroni

Quisiera eludir una respuesta a la respuesta motivada en la respuesta. No quiero hacer uso de un derecho de "contra-contra-réplica", sino que, aunque peque de inmodesto por la parte que me toca, creo que este "ping-pong" valió la pena, porque fue sincero y abierto, buscando coincidencias y diferencias. Lo importante es precisar las diferencias para que en el futuro, en trabajos de otro carácter, ninguno de ambos se dedique a demoler lo que el otro no piensa. Me parece que allí está la riqueza del cambio de opiniones y, en este sentido, es productivo.

Si no me equivoco, creo que llegamos a esclarecer una coincidencia general en cuanto a objetivos y también, salvo cuestiones secundarias, en soluciones prácticas. Las diferencias permanecen en el nivel teórico y, en éste, estimo que hay una diferencia medular (las restantes serían tributarias): Nino prefiere conceptuar como "pena" a una coacción estatal mucho mayor, porque cree que así puede limitarla mejor; yo sigo el camino contrario: creo que es necesario distinguirlas cada día más nítidamente, para controlar mejor a ambas.

La "evidencia" de la efectividad de la prevención general que sostiene Nino se deriva de lo anterior y mi "evidencia" de lo

Zaffaroni E. R.
Réplica (cierre
del debate)

contrario también. Nunca dudé de la prevención de la coacción jurídica en general: al punto de que pago el teléfono puntualmente para que no me lo retiren, pago mis deudas para que no me embarguen, el alquiler para que no me desalojen, etc. Lo que me resisto a creer y nadie me ha probado, es que todos los padres del país pueden estar tranquilos en cuanto a que sus hijos no les matarán porque el parricidio está penado en el artículo 80 del Código Penal. Creo, por cierto, que tienen razón en estar tranquilos, al menos la inmensa mayoría de ellos, pero por otras razones mucho más profundas y efectivas, que no es del caso analizar aquí.

Tampoco niego que algunas penas puedan tener efecto disuasorio respecto de algunas personas y en algunas circunstancias. Pero esto es un efecto eventual del poder punitivo y en modo alguno se puede generalizar dogmáticamente. Pero por introspección podría pensar también que ese efecto eventual tiene más posibilidades de producirse cuando menos grave es el injusto: es más probable que la amenaza penal me disuada de llevarme las perchas de los hoteles que de abstenerme de matar a mi padre o a mi madre, sin perjuicio de que esto tampoco implica que esa disuasión no pueda obtenerse con mayor frecuencia por otro medio de solución del conflicto. (Además, dicho sea de paso, el reconocimiento del diferente grado de vulnerabilidad -la selectividad- y la generalización del efecto preventivo general son incompatibles).

Zaffaroni E. R.
Réplica (cierre
del debate)

No es posible tomar un dato eventual y generalizarlo. Claro que menos admisible aún es algo que Nino no hace, pero

que hoy es tan frecuente como irresponsable: tomar todos los datos eventuales y generalizarlos en conjunto, asignando a la pena, simultáneamente, funciones preventivas generales y especiales, positivas y negativas y, de paso, también alguna legitimación de las llamadas "absolutas". De allí resulta un discurso repugnante, o sea, un derecho penal de autor y de acto, de culpabilidad y de peligrosidad, espiritualista y materialista, personalista y transpersonalista, o sea, cualquier cosa que en una nebulosa sirve para legitimar cualquier extensión del poder estatal.

Volviendo a la cuestión que plantea Nino, por mi parte creo que es indispensable aceptar que la pena es pena, que la coacción directa es coacción directa y que la sanción reparadora es sanción reparadora, y todo esto antes de que la ley lo decida, porque no son más que formas sociales de solución de conflictos, que la ley puede elegir. Cuando la ley pretende imponer penas con el pretexto de que es coacción directa, nuestra función es corregirla por la vía del control constitucional. Por la misma vía se deben imponer los límites de las penas a algunas formas de coacción directa graves y prolongadas y, en cualquier caso, la racionalidad de la coacción directa debe ser controlada jurisdiccionalmente y es indispensable perfeccionar y desarrollar el "*Habeas Corpus*" y el amparo.

Para los efectos prácticos, en los que coincidimos con Nino, creo que la identificación de coacción estatal y pena es negativa y peligrosa, porque: 1°) aunque sea necesario controlar estrechamente su racionalidad, no es posible someter toda la coacción estatal a los límites de la pena; y 2°) porque al

transferir a la pena todas las funciones de prevención de la coacción jurídica, se le regala una legitimidad que abre las puertas a cualquier racionalización.

Me doy cuenta de que Nino, por este camino, pretende lograr una legitimación parcial de la pena o de las penas y con ello limitarlas. Al mismo tiempo brinda una imagen que parece más "equilibrada" y que, es cierto, asusta menos. Pero esa empresa tiene larga e ilustre genealogía y es tan loable como imposible. Es la empresa que, por caminos dispares, intentaron todos los padres del liberalismo penal y por cierto que, al hacerlo, dieron al derecho penal su momento de más alto contenido pensante.

Pero fracasó: les reapareció siempre nuestra vieja conocida, la "defensa social", y detrás de ella las racionalizaciones más groseras, que a lo largo de los últimos ciento cincuenta años vienen demoliendo el edificio trabajosamente construido por ellos. No sé si puede hablarse de historia del pensamiento penal o de historia de las racionalizaciones con las que se pretende destruir el pensamiento penal desde hace ciento cincuenta años.

Creo que se debe reconstruir el derecho penal liberal, pero por un camino inflexiblemente claro, que no deje espacio para las racionalizaciones. No es cuestión de "seducción del discurso", porque en este momento es más "seductor" (al menos para algunos sectores) el discurso más "mesurado". La cuestión es dejar de lado las especulaciones políticas inmediatistas y no dejarle ningún espacio al Frankenstein positivista, peligrosista, es decir, al derecho penal autoritario.

Zaffaroni E. R.
Réplica (cierre
del debate)

Kant, Feuerbach, Carmignani, Carrara, Romagnosi, Beccaria, dejaron ese espacio, y por cierto que no por cortedad de entendimiento, sino porque los conocimientos sociales de su tiempo no les permitían seguir otro camino. Hoy no somos más inteligentes que ellos y dudo que alcancemos su profundidad, pero tenemos otros conocimientos sociales que nos permiten emprender la limitación y reducción del poder punitivo por otra vía y obturar esos espacios.

Llegados, pues, a este punto, sólo me resta recalcar que en mi opinión, lo más fructífero para el derecho penal liberal será reconocer y profundizar las diferencias entre pena, coacción directa y sanción reparadora (en sentido amplio), para reducir y limitar la primera y para controlar más eficazmente la racionalidad de las últimas. Un desarrollo más amplio y profundo de nuestros puntos de partida demostrará quién está más cerca de lo correcto. ■