

ESQUEMA COMPARATIVO DEL PENSAMIENTO DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI Y CARLOS SANTIAGO NINO EN RELACIÓN A LA TEORÍA DE LA PENA: CUADERNO DE NAVEGACIÓN

JUAN ALEGRÍA HIDALGO*

Resumen

El tema de la teoría de la pena, sus fines y la finalidad en general del sistema jurídico penal, siempre han traído cuestionamientos sustanciales por la dogmática penal, de tal forma que en estricto la legitimidad del mismo ha quedado en cuestionamiento a falta de mejores argumentos. Es en este contexto que el maestro argentino Eugenio Raúl Zaffaroni expuso ciertas posiciones por las que cuestiona a todo el Sistema Penal Latinoamericano. Con este motivo se iniciaría un debate con el también penalista y muy conocido filósofo del Derecho, Carlos Santiago Nino. Nos parece muy interesante conocer los puntos de divergencia así como las conformidades entre ambos. Esa es la razón del presente trabajo que se presenta como guía de ruta para mayores disquisiciones y desarrollos.

Palabras clave: Derecho Penal - teorías de la pena.

Abstrac

The theory of the sanction, its purpose and the generally object of the criminal legal system, always have brought substantial questionings by the dogmatic penitentiary, that is why the legitimacy of it, has been in questioning, for the lack of better arguments. It is in this background that the teacher Eugene Raul Zaffaroni from Argentina, sets out certain positions by which they question all the Latin American criminal system. In this context, began the debate within criminal attorney and well known philosopher of law Carlos Young Santiago. It seems to us very interesting to know the divergence points as well as the conformities between both. That is the reason of the present work that is presented as guide for majors disquisitions and developments.

Key words: Criminal Law - theories of efficient penalty.

Sumario

1. Introducción. 2. Punto de partida y pretensión de validez universal. 3. Las teorías de la pena. 4. Semejanzas y diferencias. 5. Propósito in abstracto.

* Juez Especializado Titular de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca - Poder Judicial de Perú.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la Teoría de la Pena resulta de relevante importancia para el Derecho Penal, pues a través de ella se intenta dar una base de legitimación para imponer penas a los ciudadanos, quienes gozan en nuestra región de un derecho elemental aunque sumamente sustancial como lo es el derecho a la libertad. En tal sentido, se evidencia un conflicto entre dos situaciones contradictorias: por un lado, el aludido derecho a la libertad de los ciudadanos, y por otro lado el derecho de punir o ius puniendi que favorece a los Estados a fin de combatir la criminalidad.

Así, en un Estado Democrático de Derecho, o como actualmente proponen las corrientes garantistas, en un Estado Constitucional de Derecho, la limitación a la libertad debe tener tanto una justificación como argumentos de legitimación, pues no se puede lesionar la libertad si no se cuenta con la legitimación necesaria así como si no se encuentra un fin razonable y justificado.

Es dentro de este contexto que van a surgir ya desde finales del siglo XIX teorías que pretenderán - con seriedad y sustentados principalmente en los pensamientos de Kant y Hegel y los postulados de Feuerbach y Von List - justificar la función de penar los delitos. Sin embargo, estas "teorías" - las cuáles en realidad no constituyen teorías sino meras líneas programáticas - no estarán exentas de críticas que en realidad las han puesto en cuestión - a todas ellas- determinando que en el momento actual no se encuentre, en estricto, una justificación sólida y sustancial para la función de punir.

Es dentro de este contexto que el reconocido jurista Eugenio Raúl Zaffaroni también postula, con su peculiar aunque no menos original punto de vista, críticas demolidoras al sistema penal imperante en Latinoamérica, críticas que ha recogido y desarrollado en su libro "En busca de las penas perdidas" (Ediar, 1989).

Justamente la publicidad de dicho texto crítico dio ocasión para que se produzca un debate jurídico alrededor del tema de la pena entre el mencionado Zaffaroni y otro reconocido filósofo del Derecho y también penalista argentino, Carlos Santiago Nino, principalmente en relación a la función que debería cumplir el Derecho Penal y las que de hecho y en la realidad cumple, debate enriquecedor que será materia de este breve ensayo, el cual tiene como finalidad comparar esquemáticamente el pensamiento de ambos acerca del aludido tema de la teoría de la pena.

Como se verá y concluirá luego de tal debate, lo que quedó en claro es que existían más coincidencias que diferencias, pues como lo precisara el mismo Zaffaroni, "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* 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".

Y es que, como se verá, Zaffaroni expuso en "En busca..." -entre otros postulados- que el Estado impone medidas limitadoras del derecho a la libertad a través de instituciones extrajudiciales (Zaffaroni prefiere llamarlas "agencias") y que vienen a ser verdaderas limitaciones a la libertad sin pronunciamiento judicial. Nino ve esta coerción como parte de la función preventiva general de la pena, mientras que Zaffaroni se declara a sí mismo como un agnóstico de la pena, por descreer de la dogmática que sustenta la teoría respectiva, por lo que sin acogerse plenamente a las teorías negativas de la pena (como lo son el Abolicionismo y la Intervención Penal Mínima o Derecho Penal Mínimo) las encuentra como la única salida viable a falta de otra mejor, ya que la implementación del sistema penal basado en las teorías positivas - como lo es hasta ahora en el penalismo latinoamericano - dice, únicamente produce más violencia de la que previene o restaura.

Con este fin, el objeto específico materia de nuestra comparación será el libro *Un debate sobre la pena: Carlos S. Nino Vs Eugenio Raúl Zaffaroni*. Ediciones Jurídicas. 1999. Previamente se debe referir, como ya se ha adelantado, que Zaffaroni se adscribe a lo que él mismo precisa como agnosticismo en relación a las teorías de la pena, por descreer de toda dogmática que las sustenta, y dado que la implementación del abolicionismo en las condiciones actuales es irrealizable, se acoge, sin convencimiento, al establecimiento de un Derecho Penal Mínimo. Nino por su parte, como filósofo del Derecho se presenta como un contractualista de tendencia Liberal Democrático, que en Derecho Penal se expresa como partidario del Derecho Penal Liberal o Garantista. Sin embargo, ambos pertenecen a la tradición jurídica del Civil Law, es decir, a la familia jurídica romano-germánica.

En cuanto a la literatura utilizada para este trabajo, proviene tanto de Argentina -en relación a los autores en debate- como bibliografía latinoamericana, española y alemana en cuanto a la Teoría de la Pena. Como se sabe, los

juristas que mayormente han analizado el tema de la Teoría de la Pena son los alemanes. Sin embargo, a través de la dogmática penal española, este pensamiento se ha difundido en Latinoamérica, incluyendo a la Argentina, país del cual son oriundos los juristas Zaffaroni y Nino.

2. PUNTO DE PARTIDA Y PRETENSIÓN DE VALIDEZ UNIVERSAL

Previamente a ingresar a la determinación de las semejanzas y diferencias, debemos partir por exponer el punto de partida del debate, es decir, las ideas fundamentales del libro de Zaffaroni "En busca de las penas perdidas" y luego hacer referencia a la Teoría de la Pena.

Asimismo, se debe poner de manifiesto la importancia del debate bajo análisis toda vez que, en cuanto el tema de la teoría de la pena -que, como se ha dicho, nos llega por los españoles desde la dogmática penal alemana- se ha irradiado por Latinoamérica con singular homogeneidad. En consecuencia, un debate sobre el tema entre dos reputados juristas presenta un alto interés para el penalismo de nuestra región. En lo que respecta al tiempo y espacio, el debate es contemporáneo dentro del penalismo Latinoamericano, considerando que se ha dado durante el año 1999 en los números de la Revista Jurídica Argentina No hay derecho, y no obstante aún mantiene vigencia en toda Latinoamérica por la fortaleza de los argumentaciones e ideas expuestas.

El pensamiento de Zaffaroni

El profesor Zaffaroni, mediante un análisis lógico de contraposición de ideas y situaciones concretas, pone de manifiesto, como se ha mencionado, la crítica situación por la que atraviesa el sistema jurídico penal establecido en Latinoamérica, localidad que el connotado jurista argentino encuentra ubicada "al margen" de los países "centrales", haciendo énfasis en la deslegitimación tanto del propio sistema penal implementado como del sustento doctrinario que lo informa, es decir, del discurso jurídico penal.

En puridad, observamos que la crítica realizada por Zaffaroni, si bien es cierto tiene connotaciones esencialmente penales, no deja de ser un cuestionamiento al sistema político, por lo que trasciende al campo netamente penal. Pero el cuestionamiento no se agota en tal naturaleza de críticas pues va más allá, dado que contrasta la realidad "operativa" del sistema jurídico penal para verificar, como es evidente, que dicho sistema no cumple con lo que teórica y normativamente ofrece y establece, de tal manera que el autor concluye por la

deslegitimación del sistema, deslindando tal concepto con el de legalidad, por lo que deviene en afirmar que el discurso jurídico penal es innegablemente falso y que su producto, el sistema jurídico penal, es simplemente un embuste, entre otros calificativos.

Al respecto refiere que tal situación se mantiene por no haberse encontrado hasta el momento otro discurso penal – dígame Teoría de la Pena- que lo reemplace con eficiencia y considera que la argumentación de que únicamente se trata de una situación transitoria producto de nuestra propia limitación condicionada por los defectos coyunturales, producto de nuestro subdesarrollo, es falsa, dado que la realidad operativa de nuestros sistemas penales jamás podrán adecuarse a la planificación del discurso penal por existir un fenómeno de contradicción entre el discurso y la realidad operativa.

Zaffaroni señala que el sistema penal no tiene características de legitimidad, y sostener lo contrario es utópico, pues el discurso penal tiene en su interior una serie de contradicciones que lo privan de coherencia y calidad de verdadero, es decir, por un lado lo privan de su calidad de racional, pues está establecido como un discurso que no considera al hombre como persona, siendo que al no concurrir esta esencial condición toda tentativa de construcción racional está destinada al fracaso, más aún cuando no ha alcanzado los niveles de “verdad social” necesarios (tanto abstracto como concreto) para este fin, y por otro lado se verifica como consecuencia de su operatividad que se ha implementado *un ser que jamás será*, en contraposición a lo que predica, es decir, postulados y normas con un *deber ser* que supuestamente en algún momento devendrá en un *ser*. Afirma Zaffaroni “De allí que el discurso penal socialmente falso sea también perverso”. En consecuencia, la quiebra de la racionalidad aludida por el discurso del penalismo latinoamericano determina, entre otras consecuencias, la ilegitimidad del ejercicio del poder de las agencias de nuestros sistemas penales, lo cual no puede ser suplantada por la legalidad, que es un concepto más bien formal que sustancial.

Zaffaroni advierte también que la propia ley penal ha renunciado a la legalidad pues con motivo de la minimización jurídica se han dejado otros espacios a agencias no judiciales para que apliquen sanciones que en el fondo son de esencia penal. Es decir, además de la ilegitimidad del ejercicio del poder que se ejerce fuera del sistema jurídico, también existe un espacio en el que el poder es ejercido (violencia dice Zaffaroni) con legalidad pero sin legitimidad, desapareciendo en estas zonas grises los principios garantistas que sí -supuestamente- informan al derecho penal, constituyéndose así un control social militarizado y verticalizado cuya acción disciplinante se

ejerce, coincidentemente, sobre los sectores más carentes de la población y algunos disidentes, convirtiéndose de esta forma el sistema en uno de carácter represivo y configurante del ejercicio del poder.

Adicionalmente, advierte que la represión establecida por el poder no sólo actúa a un nivel de sistema jurídico penal sino que tiene también una actuación a nivel inconsciente que parte desde los años de formación del ser humano, a través de los medios de comunicación y otras instituciones como la familia, las escuelas, etcétera, de tal manera que no se perciba justamente el carácter represivo y expreso del sistema jurídico penal y sea así aceptado por configurar un sistema penal formal.

Finaliza comentado acerca de ciertos ángulos del pensamiento latinoamericano que también han puesto de manifiesto la crítica situación aludida como son la crítica general del derecho, las áreas de estudio acerca de la legitimación del poder (filosofía jurídica) la preocupación ius humanista y la crítica criminológica o criminología de la reacción social.

3. LAS TEORÍAS DE LA PENA

Debemos referir que desde tiempos antiguos se ha tratado de justificar la imposición de penas. Platón y otros filósofos de la antigua Grecia precisaban que ante un acto dañoso era necesario reaccionar mediante la sanción a su autor.

Sin embargo, no sería sino hasta mediados del siglo XIX que se trataría a profundidad el tema ya desde la reciente dogmática penal. Debemos recordar que sería con la ilustración y con las ideas de Beccaria que el Derecho Penal iniciaría un camino de asimilación de principios que lo llevarían a evolucionar hasta el actual Derecho Penal, ya que Beccaria asimiló la sustancia de las ideas de Montesquieu, Rousseau, Marat, Voltaire, entre otros, acerca de un nuevo modelo de sociedad basado en la libertad del individuo. En su libro "Dei delitti e delle pene" Beccaria sentó las bases del Derecho Penal Liberal, pues fue un texto de política criminal que propugnaba el principio de legalidad, la humanización de las penas, la abolición de la tortura, el principio de igualdad ante la ley, el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena, entre otros. Estas ideas iniciales de Beccaria generarían una corriente que en el Derecho Penal se llegaría a conocer como la Escuela Clásica, surgida principalmente en Italia, siendo sus principales figuras Filangieri, Romagnosi, Carmignani, Rossi y Carrara, y en Alemania Feuerbach. Todos ellos realizaron importantes aportes a la dogmática penal, aunque realmente no formaron

una escuela homogénea, sino simplemente bajo este rótulo se congregó a los juristas surgidos entre la ilustración y el advenimiento del positivismo.

Es en esta escuela que -como se ha dicho, no constituyó una corriente homogénea, pues entre sus miembros existirían incluso posiciones contrapuestas- surgirían los primeros intentos de justificar la pena. Así, Rossi se adscribiría a una teoría retribucionista de la pena mientras que Carmignani postularía una teoría preventiva.

Sin embargo, posteriormente el positivismo generaría un viraje en el Derecho Penal hacia posiciones que posteriormente serían consideradas como sumamente peligrosas para los individuos de la sociedad, dado que las corrientes positivas en el derecho penal propusieron y positivaron legislaciones que contenían un derecho penal de autor en vez de un derecho penal de acto, abandono de las tesis retribucionistas por la adopción de posiciones preventivas que fomentaban penalizaciones incluso hasta la inocuización de los delincuentes sustentado en su potencialidad de daño por características de su personalidad, esto por influencia de la criminología reinante en dicho momento que recogía los postulados de Lombroso, Ferri y Garófalo, principalmente, quienes crearon a través del positivismo criminológico las bases para la existencia de un Estado extremadamente intervencionista.

El positivismo jurídico, en Derecho Penal, daría origen a dos corrientes de interpretar dicha sección del Derecho: El positivismo jurídico normativista y el positivismo jurídico sociológico. Sin embargo, dentro de este panorama sombrío generado por el positivismo se generaría un instrumento de tal importancia como lo es la dogmática de la teoría del delito, de la cual se desprendería posteriormente el Neokantismo, el Finalismo y - el más actual - Funcionalismo.

Contemporáneamente, podemos encontrar las llamadas Teorías Positivas de la Pena, es decir, aquellas que proponen que la pena debe existir; mientras que por otro lado, propugnado por la Criminología Crítica y la Escuela Crítica del Derecho Penal, se tienen las Teorías Negativas de la Pena, que proponen desde la desaparición del Derecho Penal y la pena, así como su consiguiente reemplazo por alternativas de solución de conflictos hasta la minimización del mismo.

Dentro de la primera clasificación encontramos las Teorías Absolutas, las Teorías Relativas y las Teorías Mixtas. Dentro de la segunda clasificación se aprecia, principalmente, las Teorías Abolicionistas y las Tendencias del Derecho Penal Mínimo o de Intervención Mínima.

3. 1. Las Teorías Positivas de la Pena

3.1.1. Las Teorías Absolutas, de la Retribución, de la Expiación o de la Justicia

Retrocediendo en este panorama tenemos que referir que sería la Escuela Clásica la que propugnaría las Teorías Absolutas de la Pena, que se sustentan en el valor justicia, es decir, esencialmente propugnan que la pena tiene como función hacer justicia al retribuir el daño causado por el autor del delito, de tal manera que con Kant y Hegel, afirmarían que “la pena es legítima si es la retribución de una lesión cometida”. Así, mediante la pena se produce al autor del delito un mal que compense el mal que ha causado.

Contra esta posición se ha argumentado que afirmar que la pena compensa el daño causado por el delincuente no tiene sustento empírico, es decir, tal afirmación no es demostrable y es una simple especulación. Asimismo, se afirma que no es cierto que la pena impuesta compense el daño que el delincuente ha causado, sino que al mal originado por el delito se le sumará el mal que causa la imposición de la pena. En consecuencia, sustentar la pena, refieren los críticos de estas teorías, en el valor justicia no genera ninguna consecuencia social positiva, es decir, per se no permite combatir la criminalidad, entendiendo esto como reducirla lo más posible, lo cual es inaceptable en un sistema jurídico que pretenda tener visos de legitimidad. Es decir, una teoría de la pena basada en el concepto o valor justicia no podría justificar la intervención estatal pues no genera ningún resultado de importancia para variar las condiciones que generan la delincuencia. Así, deben descartarse las teorías absolutas como sustento de la pena.

3.1.2. Las Teorías Relativas o Preventivas

Por otro lado sería la Escuela Positiva la que postularía las teorías preventivas, las cuáles pretenden tener fines de utilidad social. Es decir, pretenden hacer disminuir la incidencia en el delito mediante la prevención al encontrar una función social a la pena: un sector propugna que dicha función es la protección de bienes jurídicos, mientras que otro sector refiere que la función de la pena es la de reafirmar la norma vulnerada a través de la desautorización que de ella hace el infractor de la ley penal con su conducta. De esta forma, refieren sus defensores, se logra justificar la intervención del Estado en la esfera de libertad de las personas que cometen delitos.

a. Las Teorías de la Prevención General

Inicialmente propuesta por Paul Ansel Feuerbach, éstas pretenden prevenir el delito mediante la intimidación de la generalidad de los integrantes de la sociedad, inhibiendo los impulsos delictivos de indeterminados potenciales autores de delitos. Es decir, plantean que el tipo penal, entre otras funciones, tiene la de motivación, ya sea a través de un mensaje que fomenta los valores positivos al hacer conocer las conductas prohibidas (Prevención General Positiva), o mediante la intimidación que genera la imposición de una pena (Prevención General Negativa).

Estas teorías también han recibido cuestionamientos y críticas. Así, al igual que las posiciones retribucionistas, también se sostiene que el efecto desincentivador de la pena, es decir, su efecto motivador de no cometer delitos, tampoco ha sido demostrado pues no existe prueba empírica de tal motivación o desincentivación del delito. Igualmente se critica que el intentar disuadir mediante la amenaza permite y fomenta la elevación indefinida de las penas ya que responde a la lógica de que cuanto más grande es la amenaza más fuerte será el efecto intimidante y en consecuencia se disminuirá el delito, lo que la realidad ha demostrado no ser acertado, pues inclusive la imposición de pena de muerte como pena conminada no ha determinado que los delitos sancionados con dicha pena disminuyan sustancialmente, con lo cual sí se puede concluir que los que se intimidan con la prevención general son, usualmente, el mismo sector de la población que siempre respeta la ley y que no comete delitos. Entonces, con estos argumentos también, dicen sus detractores, se debe descartar las teorías relativas como sustento de la pena.

b. Las Teorías de la Prevención Especial

Franz Von List, uno de los principales representantes de la Escuela Positivista en el Derecho (más específicamente del Positivismo Jurídico Sociológico) refería que “La pena es prevención mediante represión”. Posteriormente, se recurriría al concepto de “Tratamiento” a fin de obtener un resultado en el delincuente a fin de que no reitere su conducta lesiva de bienes jurídicos protegidos por la ley penal, intentando su resocialización, readaptación y resocialización (Prevención Especial Positiva) y finalmente, en casos incorregibles, proceder a su inocuización, es decir, a su inutilización a fin de privarlo de su capacidad de daño (Prevención Especial Negativa).

Se han hecho también diversas críticas que descalifican a estas posiciones. En primer término se constata que se utiliza al ser humano para obtener fines

sociales, esto es, la disminución de la delincuencia, lo cual, se dice, lesiona la dignidad humana, pues el ser humano no puede ser utilizado como objeto para la búsqueda de fines. Asimismo, también se verifica que el tratamiento no tiene el éxito esperado en la gran mayoría de casos, teniendo presente que más bien los centros de reclusión son sensiblemente criminógenos en vez de rehabilitadores.

3.1.3. Las Teorías de la Unión, Mixtas, de la Combinación o Unificadoras

Las Teorías Mixtas intentan combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las teorías relativas en una tercera teoría unificadora. Es decir, procuran justificar la pena en su capacidad para reprimir y prevenir al mismo tiempo. Así, refieren que la pena es legítima porque es justa y útil. Sin embargo, la combinación puede dar mayor énfasis a uno de estos elementos sobre el otro, de tal forma que pueden generarse dos posiciones teóricas.

En las Teorías Unificadoras Retributivas, la utilidad de la pena puede contemplarse legítimamente siempre y cuando ni se requiera no exceder ni atenuar la pena justa. Por otro lado las Teorías Unificadoras Preventivas señalan que la utilidad es lo que fundamenta la imposición de la pena, haciéndola legítima; pero dicha utilidad no puede sobrepasar los límites de la pena justa. Jakobs ha criticado estas posiciones unificadoras refiriendo que: En primer término, les afecta las mismas críticas que a las teorías absolutas y relativas, y por otro lado se pretende unificar con el simple uso del lenguaje realidades que son incompatibles entre sí.

Finalmente, sobre el extremo de las Teorías Positivas de la Pena, Roxin ha propuesto una concepción o teoría dialéctica de la pena, pues plantea que el tipo penal tiene un efecto desmotivador general de conductas delictivas, por lo que el tipo tiene de por sí un efecto de prevención general. Al momento de imponerse la pena, y en el instante de su determinación, la retribución limita a la prevención especial, la cual pondrá de manifiesto su esencia preventiva especial cuando la pena se ejecute en la búsqueda de fines resocializadores.

3. 2. Las Teorías Negativas de la Pena

Estas teorías precisan que el Derecho Penal no ha solucionado el problema del delito y por el contrario, ha generado mayor violencia, tanto legítima como ilegítima. Refiere el mismo Zaffaroni que “ninguna de las teorías positivas de la pena, es decir, de las que creen que pueden definir la pena por sus funciones fue verificada en la realidad social” por lo que “el concepto de pena

útil al Derecho no se puede obtener de modo positivo (es decir, a partir de sus funciones reales, que en buena medida son desconocidas y las conocidas son altamente complejas y mutables y a veces delictivas)...” lo cual “impone la necesidad de construir un concepto negativo de pena obtenido por exclusión y al mismo tiempo confesando la imposibilidad de agotar el conocimiento de sus funciones, de modo que tendremos un concepto negativo y también agnóstico... la pena y su utilidad no es ni puede ser una cuestión de fe”. Así, el concepto negativo de pena es precisado por Zaffaroni como “(a) una coerción, (b) que impone privación de derechos o dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes”.

3.2.1. El Abolicionismo

Ferrajoli nos refiere que las doctrinas abolicionistas son aquellas que “no reconocen justificación alguna al Derecho Penal y propugnan su eliminación, bien por que impugnan de raíz su fundamento ético-político, bien porque consideran que las ventajas proporcionadas por él son inferiores al costo de la triple constricción que producen: la limitación de la libertad de acción para los cumplidores, el sometimiento a juicio de todos aquellos de quienes se sospecha que son incumplidores y el castigo de cuantos juzgue que lo son”. Deja constancia además que el abolicionismo penal constituye un conjunto heterogéneo de teorías, doctrinas y actitudes ético culturales unificadas por la negación de cualquier clase de justificación o legitimación externa de la intervención punitiva sobre la desviación por parte del Estado, y sus propuestas son de lo más dispares.

Ante tal situación, una de las posturas más difundidas del Abolicionismo plantea reemplazar el sistema de penas por mecanismos alternativos de compensación ante la comisión de delitos. Estos pueden ser mecanismos de reparación, tratamientos terapéuticos, conciliaciones y transacciones.

3.2.2. El Derecho Penal Mínimo

Los propulsores de esta corriente plantean que, en primer término, se deben reducir los tipos penales a la protección de los bienes jurídicos de mayor importancia. Asimismo, las penas deben ser cortas con mecanismos de salida a través de beneficios penitenciarios o mediante el uso de formas no efectivas de pena o mecanismos procesales de conclusión de procesos como la aplicación de criterios de oportunidad, acuerdos reparatorios o conclusiones anticipadas del proceso que permitan regular a las partes la consecuencia del

delito. Esta posición parte del parámetro utilitario de propender al máximo bienestar posible de los no desviados, como el mínimo malestar necesario a los desviados.

4. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

Discusión Zaffaroni-Nino

A continuación entraremos al corazón de este breve ensayo refiriendo puntualmente las coincidencias y divergencias en el pensamiento de Zaffaroni y Nino acerca de la pena y su justificación, derivados del debate ya mencionado. Estas constataciones, cada una de ellas, podrían ser motivo de un desarrollo independiente e interesante, que por motivos de espacio nos abstenemos de realizar por el momento pero que quedan como instrucciones para una posterior navegación y desarrollo.

4. 1. Semejanzas

Se referirán las coincidencias en los pensamientos de los autores bajo estudios expresamente puestas de manifiesto en el debate.

1. La violencia que genera el Estado en algunos países de nuestra región a través de abusos de sus fuerzas de seguridad debe ser motivo de preocupación profunda de toda persona honestamente comprometida con la preservación de los derechos humanos. Ejemplos: muertes y lesiones en situaciones no claramente justificadas, apremios ilegales, detenciones arbitrarias, regímenes de arresto indignos, intimidaciones, etc.

2. Los aspectos aberrantes del procedimiento penal deben ser objeto del mismo tipo de preocupación. Ejemplo: detenciones preventivas que se convierten en verdaderas penas a presuntos inocentes en razón de procedimientos de excarcelación extremadamente rígidos, un proceso judicial arbitrario en cuanto a su lentitud, burocratismo y falta de transparencia, y un régimen de detención que pervierte gravemente los fines aseguradores de la prisión preventiva de los procesados.

3. La calamitosa deficiencia de los procedimientos penales generan considerable grado de riesgo de que las sanciones dispuestas como consecuencia de él recaigan sobre individuos inocentes.

4. Se agrava esta situación por la inexistencia de un servicio realmente eficaz de defensa jurídica gratuita.
5. El procedimiento penal incluye un factor de considerable arbitrariedad por su carácter formalista y sigiloso que da lugar a sospechas de corrupción y parcialidad en el funcionamiento de la justicia penal.
6. La legislación sustantiva penal es sumamente objetable en cuanto contiene normas que responden a una concepción perfeccionista o incluyen penas absolutamente draconianas en relación a las necesidades de prevención.
7. La situación carcelaria es sumamente dramática, teniéndose que las cárceles más bien se han convertido en un factor de gran poder criminógeno.
8. En el aspecto socio-económico, la abismal desigualdad de ingresos y por lo tanto de oportunidades de educación, trabajo satisfactorio, condiciones de vida dignas hace que los sectores más pobres sean más proclives a la comisión de una variedad de delitos. Esto los hace ser más proclives a ser objeto de sospechas, en consecuencia más vulnerables frente a la actuación arbitraria de las fuerzas de seguridad y más indefensas frente al funcionamiento del sistema penal. Esta situación de desventaja económica también los convierte en las peores víctimas del régimen carcelario.
9. Ambos autores rechazan las Teorías Retributivas de la Pena.
10. Las actuales penas, sobre todo la privativa de libertad, sí pueden ser reemplazadas por otras, con igual o aún mayor eficacia preventiva, medidas que no necesariamente sean punitivas, aunque sí con un componente coercitivo.
11. El Abolicionismo sí ha hecho aportes sumamente valiosos al dirigir la reflexión crítica a la generación de medidas alternativas a las sanciones punitivas, aunque no niegan el peligro de las utopías bucólicas, o sea, de los sueños de “sociedades sin conflictos”.
12. Sí existen gravísimos males que surgen del sistema penal vigente.
13. Ambos aceptan que mantienen posiciones críticas sobre la dogmática jurídica.
14. La progresiva subjetivización de lo injusto en la que está incurriendo la dogmática atenta gravemente contra el principio liberal de intersubjetividad del Derecho Penal.

15. La llamada “definición de delito” no es una verdadera definición conceptual sino un conjunto de principios valorativos sobre las condiciones exigibles al legislador o a un juez para prescribir o aplicar penas.

16. El Derecho es un discurso de poder y dominación y se debe discutir bajo qué condiciones ese poder está justificado y por lo tanto cuáles son los límites de ese poder.

17. Debe sostenerse al Derecho Penal Liberal del violento vendaval que lo azota por parte del pensamiento autoritario, de la debilidad que le brinda una fundamentación científicamente falsa y de la infección con que lo contaminan los que se llaman “penalistas liberales” porque comparten sólo sus errores de fundamentación.

4. 2. Diferencias

Se expondrán las diferencias sustanciales encontradas en los pensamientos de los autores bajo estudio.

1. Zaffaroni precisa que el carácter preventivo general de la pena es muy débil por no decir casi nulo, mientras que Nino le otorga eficacia sustancial. Así, el primero sostiene que el sistema penal carece inherente e insuperablemente de toda eficacia preventiva, y que no se puede demostrar el carácter preventivo de la pena, ni positivo ni negativo, mientras que el segundo sí le reconoce algún índice de eficacia general desmotivadora del delito. Zaffaroni diferencia y precisa que el efecto preventivo del que habla Nino no es de la pena sino de la coacción directa.

2. Zaffaroni no acepta que los males del sistema penal, tal como se encuentra actualmente estructurado en Latinoamérica, sean superados; sin embargo, Nino sí acepta que puedan ser atenuados y en algunos casos hasta evitados, inclusive el carácter preventivo podría disminuir muchos de los males que Zaffaroni atribuye al sistema penal.

3. Nino sostiene que el aceptar que los problemas del sistema penal no pueden ser superados no puede llevar a concluir que se debe abolir el sistema penal o a recurrir al derecho penal mínimo, a diferencia de Zaffaroni, menos aún si no se cuenta con pruebas empíricas del adecuado funcionamiento de estos últimos o de que dichos sistemas alternativos no generarán asimismo males similares, por lo que no puede aceptarse su implementación sin pruebas demostrativas de su eficacia, pues se puede dar un salto al vacío.

4. Nino precisa que es inútil el recurso de Zaffaroni de acudir a un lenguaje excesivamente metafórico o emotivo.
5. El carácter preventivo de la pena no es percibido por la generalidad de la población, sostiene Zaffaroni en contraposición a Nino.
6. Nino no encuentra una articulación sustancial de los principios de justicia que asume Zaffaroni y que lo hacen adoptar sus posiciones críticas.
7. Según Nino, Zaffaroni no deja claro si, en caso de demostrarse los efectos preventivos generales de la pena, esto justificaría la legitimidad de la pena.
8. Nino critica a Zaffaroni al referir que descalifica diferentes concepciones de moralidad social con poco menos que recurrir a rótulos terminados en “istas” sin sustentar suficientemente, dando por sentado que tácitamente dicho recurso descalifica tales concepciones.
9. Nino no comparte con Zaffaroni de que la tesis de HLA Hart de justificar la pena sobre la base de una maximización de la libertad de elección deba ser considerada como contractualista, pues afirma que no siempre quien valore la libertad de elección es un contractualista.
10. Difieren que sea posible acudir al consentimiento del individuo para justificar la imposición de pena sobre la decisión de éste de cometer un delito por graves apremios que no sufren otros individuos de la sociedad, aunque la pena sea socialmente útil. Zaffaroni sostiene esta postura, que es rechazada por Nino.
11. Las diferencias emergentes de las estructuras sociales, dice Nino, no puede llevar a descalificar los actos de voluntad ejercidos en esas condiciones, como lo hace Zaffaroni para despenalizar las conductas.
12. Para Nino, la Escuela Crítica del Derecho es insuficientemente crítica de los principios de moralidad social de los que debe partirse para enjuiciar las instituciones sociales y observa que esta Escuela centra permanentemente su atención en descubrir supuestos aspectos ocultos de tales instituciones, asumiendo que por darlos a luz intrínsecamente revela su maldad manifiesta, por lo que es usual que lo que la supuesta revelación más bien es bastante evidente, descuidando revelar, por el contrario, los principios que sustentan la condena de esos supuestos aspectos ocultos.

13. Nino sostiene que la Escuela Crítica no puede explicar cómo sus propios presupuestos valorativos están exentos de la relativización y la determinación con que descalifican a todas las demás propuestas.

14. Nino precisa que el Abolicionismo dejaría en la indefensión a la sociedad, inclusive con mayor intensidad a los sectores más débiles.

15. Proponer el Abolicionismo, sostiene Nino, es intentar implementar una utopía ilegítima.

16. Nino asume que el Derecho Penal Mínimo, como forma disminuida del Abolicionismo, puede ser sumamente riesgoso en un marco de considerable violencia, pues puede genera una anomia generalizada que afecte a todos los sectores sociales.

17. Para Nino, los principios que plantea Zaffaroni deben ser motivo de demostración y no de mera postulación en cuanto están dirigidos a hacer más justo y eficiente el sistema penal. Esto además no se logra con sólo minimizar el sistema penal.

18. Por el contrario, Nino propone reformar la legislación penal de fondo para que ella se dirija a reprimir solo a aquellos actos que afectan grave e injustamente intereses de terceros; la adopción de otras alternativas penales menos cruentas que las penas de prisión; la urgente modificación del procedimiento penal para hacerlos transparente, expeditivo y garantizador, incluyendo la introducción de jurados; la racionalización de la acción penal; la revisión de la prisión preventiva y de sus condiciones de cumplimiento: la reforma de los mecanismos que deberían permitir un mayor control de las fuerzas de seguridad; la revisión profunda del sistema carcelario.

19. A pesar que ambos pretenden defender el Derecho Penal Liberal, Zaffaroni refiere que Nino no se percata de las trampas que el autoritarismo le tiende en el camino.

20. Zaffaroni sostiene que el sistema penal crea la ilusión de una solución y como generalmente sucede, la pacífica aceptación de que el problema se resuelve con el sistema penal (o la no menos tranquilizante de que si no se resuelve es por un defecto coyuntural del sistema social) cancela el problema, normaliza la situación y con ello, impide la búsqueda de soluciones efectiva. No puede compartir en modo alguno que Nino crea que acudiendo al poder punitivo se resolverán los problemas de anomia de una sociedad. Y esto

es porque Nino, según Zaffaroni, confunde poder punitivo con coacción jurídica.

21. Difieren en su concepción de Abolicionismo, pues para Zaffaroni no es soltar a todos los presos y cerrar los tribunales de justicia, sino recurrir a modelos alternativos de solución de los conflictos como reparaciones, tratamientos terapéuticos, conciliaciones, transacciones, etc., pues tener presos a los delincuentes no pasa de eso mismo y nada más. No se resuelve ningún conflicto, no se repara a ninguna víctima, no se asegura a nadie contra lo que pueden hacer los demás ciudadanos libres, sino que simplemente se tiene encerrados a los delincuentes más torpes y rudimentarios de todo el país.

22. Para Zaffaroni el problema no es si la pena tiene efectos preventivos sino en saber si el precio que se paga en vidas y dolor de los pocos fracasados que se ponen al alcance del sistema penal y las limitaciones a la libertad que sufrimos todos con el pretexto de pena a torpes, están ética y políticamente justificados y si no hay disponibles otros mecanismos de solución de conflictos más eficaces (que incorporen a la víctima) y que, en definitiva, serían pacificadores y no meramente tranquilizadores, porque serían auténticos.

23. A diferencia de Nino, Zaffaroni sostiene que, por brutal que sea lo que haya hecho, por justificada que esté nuestra indignación y hasta nuestra venganza, por inevitable que sea que se deba hacer algo, lo que no podemos pasar por alto es que la estructura del poder punitivo, en cualquier sistema históricamente dado, desde el siglo XII hasta hoy, hace que ineludiblemente sus objetos sean siempre los más inhábiles, torpes y hasta tontos. Sin esa torpeza no caerían bajo ese poder. Es decir, los presos no están presos por lo que hicieron -aunque lo hayan hecho- sino porque lo hicieron con notoria torpeza, sin perjuicio de que lo que hayan hecho en unos poquísimos casos sea repugnante.

24. Zaffaroni refiere que Nino no demuestra la “utilidad social” de la pena. Simplemente recurre a un nebuloso “sentido común”.

25. Sostiene Zaffaroni que en el seno de todo Estado de Derecho hay un Estado de Policía y cuando se debilita el primero, emerge el segundo. No hay Estados de Derecho puros, sino Estados de Derecho que tienen controladas las pulsiones del Estado de Policía que contienen. El peligro además es que el poder punitivo no es ejercido por el legislador sino por las agencias ejecutivas y los únicos que pueden controlarlas cercanamente son los jueces.

26. Para Zaffaroni la reducción del poder punitivo es saludable.

27. Para Zaffaroni la salvación del discurso reductor y garantista es posible a través de una teoría negativa de la pena.

5. PROPÓSITO IN ABSTRACTO

De lo que antecede podemos extraer lo siguiente:

5.1. Conclusiones

- El discurso acerca de la pena que acoge el penalismo latinoamericano se encuentra totalmente alejado de la práctica penal que se evidencia en la realidad.

- Entendiendo al Derecho Penal como el uso legítimo de la violencia para combatir el delito, se tiene que este sistema genera también gran cantidad de violencia ilegítima ejercida por diversas instancias del Ejecutivo.

- Dicha violencia del Ejecutivo muchas veces se encuentra fuera del control jurisdiccional.

- Es evidente que la pena tiene un índice de efecto preventivo en la población, aunque también es cierto que dicho índice no puede ser medido.

- El fracaso de la aplicación de las teorías preventivas o mixtas no determina necesariamente que la alternativa de las teorías negativas de la pena sean viables.

- Para implementar formas de teorías negativas de la pena como las Abolicionistas o las del Derecho Penal Mínimo debe tenerse datos empíricos acerca de su eficacia.

- Las personas comprometidas con la defensa de los derechos humanos no pueden aceptar la falta de control jurisdiccional sobre la violencia extrajudicial.

- Las personas que sufren detención procesal o preventiva deben tener un trato diferenciado de los condenados. Esto se explica pues les favorece el principio de presunción de inocencia, por lo que no deben ser sometidos a tratos y

condiciones indignos, por más aberrante o repulsiva que sea la imputación que genera la detención.

- Si se quieren procesos judiciales rápidos y con las seguridades que garanticen el debido proceso, es necesario dotar al órgano jurisdiccional de lo que requiere para tal fin. Esta afirmación tan simple y razonable no se condice actualmente con la realidad.

- Se debe reforzar el servicio de defensoría legal gratuita a fin de atender eficazmente las necesidades de la población.

- Se debe establecer entre los lineamientos de la política penitenciaria el impedir que dentro de las cárceles se generen estados de fomento al delito.

- Ambos autores rechazan el Retribucionismo como sustento de la pena y por el contrario reconocen méritos a los aportes del Abolicionismo.

- Los autores coinciden en que es esencial justificar el uso del poder dentro del Derecho, sobretodo debe reforzarse al Derecho Penal Liberal a fin de que pueda hacer frente a las posiciones autoritarias.

- En Zaffaroni el efecto de prevención general es casi nulo mientras que Nino sostiene que la pena tiene eficacia preventivo general.

- Según Nino, no están claros los argumentos de Zaffaroni para deslegitimar tanto la prevención general como las concepciones de moralidad social.

- Justificar la pena sobre la base de la libertad de elección no determina que se sea Contractualista en la corriente propuesta por HLA Hart.

- Zaffaroni pretende despenalizar conductas sustentándose en diferencias emergentes de las estructuras sociales, posición que Nino rechaza.

- La Escuela Crítica del Derecho no explica cómo sus propios presupuestos valorativos superan la descalificación que ellos mismos hacen a otras propuestas.

- Zaffaroni encuentra viable la implementación del Abolicionismo mientras que Nino lo percibe como una utopía ilegítima.

- Finalmente, luego de aclarar sus posiciones, los autores encuentran que la diferencia sustancial entre sus pensamientos radica en un nivel netamente

teórico y que consiste en que Nino prefiere conceptuar dentro de la idea de pena también la de coacción estatal, mientras que Zaffaroni diferencia pena de coacción de Estado.

5.2. Valoraciones

Ciertamente las críticas que Zaffaroni hace al sistema penal latinoamericano a través de su obra "En busca de las Penas Perdidas" ponen de manifiesto la grave crisis por la que éste atraviesa. Sin embargo, la alternativa que propone, es decir, recurrir al Derecho Penal Mínimo realmente también presenta matices de dudas. Y no únicamente por efecto de las observaciones que Carlos Nino le ha hecho en el sentido de que por qué un sistema falle la alternativa teórica es la solución. Como dice Nino, debe demostrarse empíricamente, con cifras en la mano, que la alternativa sí va a cumplir con los objetivos que el sistema se proponga.

Sobre el tema en nuestro país ya tenemos pruebas al respecto, pues como se recordará, nuestro actual Código Penal, que data de 1991, se dio justamente bajo la teoría del Derecho Penal Mínimo, luego de varios antecedentes normativos de despenalización. Este Código, en su versión original, no sólo establecía para la mayoría de los tipos penales penas muy benignas, es decir, muy cortas, sino que estableció modalidades novedosas como alternativas a la pena privativa de libertad efectiva, tanto en su ejecución como son la reserva del fallo condenatorio y la exención de pena, la conversión y la sustitución de la pena, así como modalidades alternativas a dicha pena como son la de multa y las restrictivas y limitativas de derechos. No referimos la pena suspendida pues esta alternativa siempre estuvo a disposición del juzgador con la antigua normatividad penal.

Sin embargo, muy poco queda de ello pues los tipos penales, en gran mayoría, han visto modificar en extremo la pena conminada convirtiendo actualmente nuestra legislación penal en una de desproporciones evidentes, corriente legislativa evidentemente conducida por las equivocadas teorías de la prevención general, que, como ya se ha mencionado, generan la creencia de que cuanto más alta es la pena legal abstracta más motivará a no cometer delitos, llegando con el tiempo mediante la aplicación de esta posición a generar penas irrazonables y carentes de toda proporción, ingresando en ciertos momentos al campo del Derecho Penal del enemigo. Como se puede apreciar, nuestro Código Penal, por este motivo, entre otros, se encuentra completamente desarticulado y sin rumbo, más aún cuando no se percibe el establecimiento de una Política Criminal coherente y clara.

5.3. Corolario

De la comparación realizada podemos extraer algunas derivaciones, como lo son:

1. Se debe regular adecuadamente las facultades coercitivas del Ejecutivo a fin de que no se conviertan en verdaderas penas, sobre todo en cuanto a las limitaciones al derecho a la libertad. Claro ejemplo son las detenciones injustificadas que realiza la Policía Nacional, muchas veces justificadas, aunque otras sin razón que determine proporcionalidad en la medida de detención.

No nos estamos refiriendo a la detención como figura similar a la que se dispone por el juez dentro de un proceso penal, sino al abuso de detener hasta por veinticuatro horas, facultad que la Constitución y la ley ordinaria establecen para el órgano policial. Sin embargo, se constata que en múltiples ocasiones se hace un abuso de autoridad, con fines diversos aunque siempre ilegítimos, maquillándolo de una detención en flagrancia.

Otro tanto acontece con las fuerzas armadas, que persisten en su práctica de disponer detenciones de civiles sin justificación alguna; simplemente son casos de abuso de la fuerza.

2. Se debe concientizar a la población en general que al Derecho Penal, en su estado actual o en un eventual estado de eficiencia total, no es la solución a la delincuencia y que ésta tiene orígenes múltiples que nada tienen que ver con el Derecho ni menos con la sanción penal, a fin de permitir atacar realmente dichas causas y no crear falsas expectativas de solución mediante la aplicación de las penas, que, como se ha puesto en evidencia, muy poco hacen para hacer desaparecer el delito en la sociedad. Como señaló Zaffaroni, únicamente sirve para crear la ilusión de que el sistema tiene una finalidad y que la delincuencia se está combatiendo.

3. Debe implementarse en todo el país el Nuevo Código Procesal Penal, dado que el mismo responde a un paradigma distinto al que informa la actual normatividad procesal penal. Como se sabe, este nuevo instrumento procesal ha asumido las posiciones garantistas que permiten un juzgamiento dotado de las garantías que prescribe el principio del debido proceso, respondiendo a un modelo adversarial garantista.

4. Se evidencia fácilmente que el estado actual de los penales en el Perú

hacen inviable cualquier teoría de la pena que busque fines de resocialización mediante el tratamiento. Por el contrario, basta constatar el estado de la infraestructura así como de los programas que se implementan para el tratamiento, para concluir que dicha rehabilitación, es meramente simbólica sin ningún resultado efectivo sobre la gran población penal. Únicamente un minúsculo sector de la población carcelaria logra una real resocialización, usualmente por factores ajenos al sistema.

5. No debe descartarse de plano las propuestas del Abolicionismo. A nuestro criterio sí es factible la implementación de sus propuestas aunque yo propondría su aplicación facultativa a ciertos delitos y bajo determinadas circunstancias. Actualmente podemos apreciar su influencia en nuestra legislación penal y procesal penal en figuras como el Principio de Oportunidad - artículo 2º del Código Procesal Penal de 1991, los Acuerdos Reparatorios contenidos en la misma norma, el procesos de Conclusión Anticipada normados en la Ley N° 28122, la Terminación Anticipada normada en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 y ya puesto en vigencia, y las diversas normas sobre beneficios por colaboración eficaz, llamado también derecho premial.

Epílogo

Luego de la comparación de las posiciones de ambos juristas se puede concluir que más son las coincidencias que las divergencias, pues el debate ha servido más bien para aclarar confusiones entre ambos autores y sus posiciones.

Bibliografía

- Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Ediar, 1989.
Un debate sobre la pena - Carlos S. Nino vs. Eugenio Raúl Zaffaroni. Ediciones Jurídicas, 1999.
Bacigalupo Zapater, Enrique. Derecho Penal - Parte General. ARA Editores, 2004.
Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Editorial Praxis, 1996.
Bramont-Arias Torres, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal. 2005.
Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal Español. Vol. 3. Tecnos, 2003.
Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Parte General I. Editorial Grijley, 2005
Jakobs, Günther. El fundamento del sistema jurídico penal. ARA Editores, 2005
Jakobs, Günther. Derecho Penal - Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons, 1995.
Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal - Parte General. Editorial Comares, 2002.
Maurach, Reinhart. Derecho Penal - Parte General. Vol. 2. Astrea, 1995.
Mir Puig, Santiago. Derecho Penal - Parte General. Fundamentos y Teoría del Delito. 1985.
Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal - Parte General. Tirant LoBlanc, 2004.
Roxin, Claus. Derecho Penal - Parte General. Vol. 1. Editorial Civital, 1997.
Stratenwerth, Günter. Derecho Penal - Parte General. Hammurabi, 2005.
Villa Stein, Javier. Derecho Penal - Parte General. Editorial San Marcos, 1998.
Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal - Parte General. Editorial Jurídica Grijley, 2006.
Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal - Parte General. EDIAR, 2005.