

"A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência á violência do controle penal"

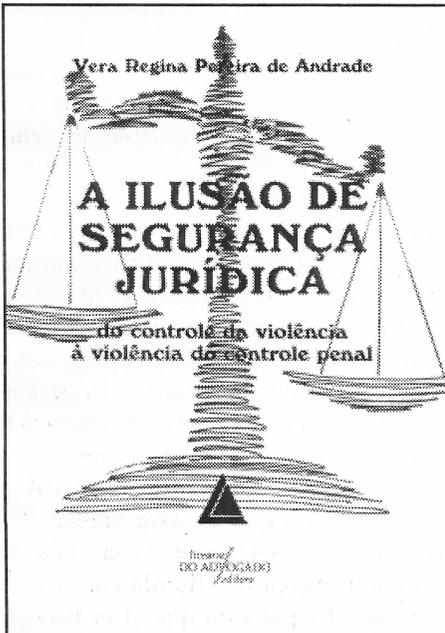
Vera Regina Pereira de Andrade

Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997, 336 páginas.

Comentario de *Martín Pennella*.

"Esta tesis trata sobre la Dogmática Jurídico-Penal o Penal, concebida como uno de los paradigmas científicos que integra el proyecto y la trayectoria de la modernidad", señala la autora y esas pocas palabras, con las que comienza su *Introducción*, son reveladoras no sólo de la manera que ella ha elegido para acercarse al tema, sino de algunas de sus premisas (elecciones) teóricas básicas que desarrollará a lo largo de los cuatro capítulos que componen el libro. Porque, más allá de algunas modificaciones, estamos en presencia de una tesis de doctorado, circunstancia que evidentemente ha determinado la forma de exposición elegida para esta metódica y paciente tarea de demostrarnos que, dentro de la constitución de la modernidad y de su discurso legitimador, la dogmática penal ha jugado un papel relevante y nada neutral.

Es así que el libro podría ser dividido en dos partes bien diferenciadas. La primera, compuesta por los dos primeros



en la que la autora nos describe, junto con la génesis de la dogmática penal, las promesas que ésta ha venido a instalar en la sociedad, y una segunda en la que, con la ayuda teórica del *labelling approach* y de la *criminología crítica*, rebatirá fundamentamente todas esas promesas y sugerirá sus conclusiones.

Una primera parte, decíamos, en la que reconstruirá la formación de la dogmática penal moderna a partir de la obra de Beccaria y lo que se ha dado en llamar la "Escuela clásica" del derecho penal (según una terminología acuñada por E. Ferri mucho después, recién en 1880), tributaria de los postulados iluministas, pasando luego por la "Escuela positivista" hasta alcanzar su más acabada construcción con la "Escuela Técnico-Jurídica" con su modelo de ciencia integrada del derecho penal.

Fue la Escuela Clásica la que, frente a los abusos a que habían dado lugar las prácticas penales del Antiguo Régimen, vino a instalar en el centro del análisis jurídico-penal el hecho criminoso como fundante de la intervención estatal (derecho penal de acto) y las garantías de fondo y de forma como pilares de la defensa del individuo frente al Estado acusador. Esta promesa de igualdad jurídica, ya como deseo, ya como enunciado no sólo descriptivo sino por sobre todas las, cosas atributivo (en el sentido que le da a la expresión H. L. A. Hart) de legitimidad al sistema penal, vendrá a explicar en parte la persistencia del sistema a pesar de la refutaciones de que ha sido objeto. Será luego la Escuela Positivista la que, en su afán por conferirle legitimidad científica, mantendrá la mirada en aquél que ha violado la ley penal, pero ya no con el énfasis puesto en tutelar sus derechos sino con el fin de indagar las causas que lo llevaron a cometer una violación normativa, vista ya como emergente de una

personalidad cuanto menos "problemática" que será ¿hora objeto de intervención jurídico-terapéutica. Esta conquista de la ciencia penal por parte de la criminología positivista (tributaria de las ciencias médicas y de la psiquiatría en particular) no tardó en ser combatida por una reacción tecnicista de parte de los juristas. Es entonces cuando la obra de Rocco, inaugurando la segunda década del siglo XX y cuya matriz puede ser rastreada en las obras de Binding y Liszt, vendrá a encabezar esa reacción y a dar forma a la **dogmática penal que actualmente** conocemos: del positivismo criminológico al positivismo jurídico, al estudio neutral del derecho positivo a partir del método racional-deductivo. La criminología, entonces, instituida como ciencia auxiliar de la dogmática, caracterizada por una diferente elección metodológica y de objeto y con la que convergirá funcionalmente, en un modelo de ciencia penal integrado, cuyo tercer pilar lo constituirá la política criminal. De esta manera, la dogmática penal definirá el espacio a la vez que proclamará su promesa de seguridad jurídica, la política criminal proveerá las estrategias y la criminología estudiará las causas del delito amparada tras el paradigma etiológico. "Así, dirá la autora, desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta finales del siglo XIX, el universo del saber penal experimenta una trayectoria que va de un saber filosófico, crítico y totalizador, característico de la época de las luces y del saber reformista, a un saber que, dominado por las exigencias epistemológicas del positivismo postula la cientificidad y la especialización", para concluir con Pavarini ("Control y dominación") que de esta manera "la primacía de la política en el conocimiento criminal propia del Iluminismo es así negada". Es por esto que si la Escuela Positiva llegó a postular, en el decir de

Rocco, un "derecho penal...sin derecho", la dogmática penal moderna postulará un derecho penal sin política, excluyendo de su análisis lo atinente a la problemática del poder.

En este modelo de ciencia penal integrada, donde la legalidad de las decisiones judiciales y la garantía de seguridad jurídica que de ella debiera derivarse está dada por su adecuación a la teoría del delito, esto es, a la tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad de las conductas a juzgar (debemos notar que la dogmática penal, a despecho de la igualdad jurídica, sólo puede aplicarse a la ínfima cantidad de actos que las diversas instancias del sistema penal han filtrado hasta los tribunales), la ideología de la defensa social vendrá a proveer de una legitimidad "parajurídica" al poder de punir, a través de los atributos de necesidad y científicidad que le acerca la criminología. La dogmática penal, entendida por Warat como "el código predominante de comunicación normativa", establece, por tanto, el límite de las interpretaciones legítimas (socialmente y, en particular, por la propia agencia judicial). Límite que tampoco se verá afectado por la aplicación a la teoría del delito de un causalismo naturalista, de un causalismo neokantiano o del finalismo, ya que ninguna de estas teorías viene a alterar el núcleo positivista de la ciencia penal como ciencia normativa, esto es, la aceptación del derecho positivo como su objeto científico, postulado básico que todas ellas comparten. Aun cuando impliquen diferentes relaciones entre el sistema y la ley penal, los modelos intra-sistémicos preservan la promesa de seguridad jurídica, es decir, la creencia de que el sistema dogmático penal es capaz de gestar la seguridad jurídica en la administración de justicia penal. En este sentido, la dogmática penal constituye un discurso ideológico en cuanto es, por un

lado, un discurso eminentemente positivo y configurador de sentido (y de consenso) y, a su vez, comporta una construcción ilusoria de la realidad en función de la cual aquel sentido es producido. En síntesis, y en palabras de la autora, puede ser interpretada como "una larga y compleja tentativa de conferir a la promesa iluminista de seguridad una formulación científica, en el marco de una razón práctica."

Dado que, como señaláramos, se trata de una tesis doctoral, no resulta extraño que algunas partes de sus capítulos (en especial del primero y del tercero) reseñen conocidas adquisiciones teóricas que no dejan de resultar útiles para quien se acerca por primera vez a estos temas, pero cuya inclusión en nada dificulta la lectura del iniciado y obedecen a necesidades argumentativas. Es lo que ocurre cuando la autora hace propias las críticas del *labeling approach* y de la *criminología crítica* al discurso falazmente ideal de la dogmática penal. Es entonces cuando ese discurso, autolegitimado como garante de la legalidad y la igualdad del sistema penal, comienza a resquebrajarse ante la evidente constatación de su selectividad, desigualdad y arbitrariedad.

Sin embargo, cabría preguntarse legítimamente cómo un sistema que no cumple con las premisas que lo inspiran, que, mas aún, causa mayor daño que el que pretende evitar, puede todavía subsistir. Y no sólo subsiste, sino que continua su proceso de autolegitimación, reforzado actualmente por una fuerte y contradictoria demanda relegitimadora de su intervención como instancia de resolución de conflictos interpersonales. Al igual que Foucault postuló para el caso de la prisión, debemos rastrear esa persistencia en el cumplimiento eficaz (no necesariamente para el conjunto de la sociedad y menos aún para quienes se enfrentan al poder punitivo del Estado) de

una función diversa a la oficialmente declarada. Es por ello que la autora nos señala que de la contrastación entre programación y metaprogramación dogmática y operacional del sistema penal no resulta apenas la incongruencia e irrealización de sus postulados, sino más bien su realización invertida. Estamos ante una "instrumentalidad de eficacia invertida", en la que se advierte una subproducción de garantismo por parte del sistema y una sobreproducción de selectividad y desigualdad. "La seguridad del hombre ha sido colonizada y hegemonizada por la exigencia de seguridad del propio sistema", agrega, para concluir que "no es por la 'efectividad' de seguridad jurídica, sino por la instrumentalidad real de eficacia invertida y por la eficacia simbólica ('ilusión') de seguridad jurídica...que puede ser explicada la conexión funcional de la Dogmática Penal con la realidad social y su marcada vigencia histórica".

Develar esta sobreestimación de la capacidad garantizadora del derecho y la dogmática penal, y la consiguiente incapacidad de éstos para reconocer las limitaciones estructurales que le impone el propio sistema, esto es, el escaso universo en el que les es dado intervenir, resulta clave en el proceso de deslegitimar al sistema penal en su integridad, ya que por un lado importa

negar la contingencia de la inadecuación de sus resultados "indeseados" respecto de sus metas programáticas y, por otro, reconocer que esa inadecuación constituye una marca estructural del ejercicio de poder en el que se enmarca y al cual legitima junto con las desigualdades del propia sistema social. Este déficit se verá compensado en la práctica, ante la opinión pública, a través de la "ilusión de seguridad jurídica" de la que habla el título del libro y a la que el sistema, en un alarde de omnipotencia reguladora, no ha renunciado todavía. La pregunta es, entonces, si de esta crisis de la dogmática penal y de su relación funcional con el sistema penal podrá surgir una mayor y más eficaz (menos dolorosa) tutela de los derechos humanos. Sobre el final del libro (la autora apura una idea), que no por no encontrarse desarrollada (lo cual tampoco era su intención) resulta menos válida: "...un 'garantismo crítico' a corto y mediano plazo...(que orienta una) 'Ciencia extraordinaria' que rescata y reactualiza, por su parte, las propias promesas de la Dogmática Penal para la modernidad, repensándolas sobre las contradicciones del tiempo presente". Así, entonces, debemos entender la ambivalencia que el derecho penal comparte con el *phármakon*, a la vez veneno y antídoto, invocado por cita inicial de E. Resta.