

Una mirada crítica sobre la teoría agnóstica de la pena

Daniel Eduardo Rafecas

Universidad Nacional de Buenos Aires

No puede ponerse en duda que la concepción agnóstica de la pena ha conmovido las concepciones tradicionales -y algo enquistadas- que buscan asignarle un fin a la pena estatal.

Todas las teorías de la pena que usualmente se estudian en Derecho penal, desde las más antiguas (retribución, prevención general negativa, prevención especial) hasta las más modernas (teorías mixtas, prevención general positiva, derecho penal mínimo), le asignan a la pena estatal un fin positivo, o si se quiere, una utilidad social. Todas ellas, tienen en común que parten del "deber ser" y pretenden dirigirse al "ser" de una realidad social y -más específicamente- de un sistema penal dados.

Zaffaroni, parte del camino opuesto: tras confrontar los principios teóricos de cada una de dichas teorías legitimantes de la pena y las prácticas reales de todo sistema penal, concluirá que éstas le niegan toda eficacia a cada una de aquellas teorías. En este sentido, comienza su camino desde el "ser" de la realidad social y desde allí ejerce una suerte de falsación del "deber ser" de los postulados legitimantes.

Rafecas D. E.
Una mirada crítica sobre la teoría agnóstica de la pena

Además, basándose en datos empíricos, muestra cómo es el funcionamiento real de todo sistema penal (selectivo, violento, en gran parte ilegal, discriminador, etc.), y concluye entonces negando la posibilidad de que pueda demostrarse científicamente que la pena estatal pueda tener algún fin positivo legitimador de ese sistema penal. Es en este sentido que el jurista deber ser agnóstico en cuanto al fin de la pena. Toda pena será, en definitiva, un acto de poder, más precisamente, un hecho político. Legitimar la pena es como quien procura encontrarle algún fin positivo a la guerra. Frente a ambos fenómenos el observador debe guardarse un juicio negativo en punto a su finalidad.

Uno de los argumentos centrales de la posición de Zaffaroni -y que creo que consiste en un fuerte impulso al avance de la ciencia del derecho penal- es que todas las teorías legitimantes del ejercicio de poder punitivo, al afirmar sus postulados, ignoran por completo la fuerte selectividad con la que operan las agencias encargadas de la selección de casos que van a ser procesados en el sistema penal, selectividad que constituye un factor imprescindible para explicar el funcionamiento de cualquier sistema penal del mundo en cualquier época: como bien queda reflejado en el Tratado, la disyuntiva es ineludible, o se selecciona (conforme a parámetros racionales o irracionales) o bien las agencias se paralizan, abrumadas frente al inmenso programa criminalizador dispuesto por las agencias políticas.

Como las teorías positivas ignoran este aspecto inherente a todo sistema penal, construyen sus puntos de partida en el

plano del *deber ser* sobre una base óptica inexistente, o en otras palabras, sobre una idea de sociedad y de sistema penal que no existe en el plano del *ser*. De ahí entonces, el reproche de haber caído todas ellas, en una falacia normativista, ya que desde el plano normativo se pretende regir el plano empírico, y adscribir *eo ipso*, su funcionamiento a aquellos puntos de partida que sólo existen en un plano ideal.

Ahora bien, la teoría de Zaffaroni ¿sale airosa de este riguroso examen epistemológico?. Una detenida lectura de sus argumentos muestra, a mi entender, algunas grietas importantes en este sentido, del mismo tenor de las que el autor esgrime para desechar a las demás.

Me refiero a la descripción que se hace en el Tratado, acerca de cómo funciona el sistema penal, más precisamente, cómo operan las agencias policiales, por un lado, y cuál es la función reservada a la agencia judicial, por el otro, puntos que son presentados en una dicotomía radical, relacionada con el enfrentamiento entre el ejercicio de poder punitivo (no jurídico, violento, selectivo, irracional) y el Derecho penal (jurídico, pacificador, neutralizante o contraselectivo, racional). Ello a su vez, en el marco de permanente tensión entre Estado policial -que pugna por expandirse- y Estado de Derecho -que lucha para detener las pulsiones del Estado de policía que abriga en su interior-.

De modo que la pugna se presenta de este modo:

AGENCIAS POLICIALES	←====→ ←====→	AGENCIA JUDICIAL
EJERCICIO DE PODER PUNITIVO	←====→ ←====→	DERECHO PENAL
ESTADO POLICIAL	←====→ ←====→	ESTADO DE DERECHO

Para ello, en primer término el Tratado realiza una cruda descripción acerca de cómo operan las agencias policiales, especialmente en nuestro continente. Así, se trata de corporaciones militarizadas, con estructuras de mando verticales y con todos los defectos de las burocracias estatales: su labor es esquemática, con tendencia a corromperse y a terminar inclinándose por realizar las tareas que requieran un menor esfuerzo. Además de ello, como toda corporación que maneja poder, rechaza todo intento por ejercer controles desde afuera y anula toda posibilidad de que pueda disputarse o cuestionarse el poder desde adentro de la institución. Por último, la agencia policial se maneja con una importantísima cuota de poder punitivo subterráneo (vinculaciones con organizaciones delictivas, protección de ilegalismos tales como juego, prostitución, tráfico de tóxicos, contaminación ambiental, venta ambulante, contrabando, explotación de trabajadores, inmigración ilegal, etc.; imposición de pena de muerte extrajudicial (“gatillo fácil”), apremios ilegales, vejaciones, torturas no detectadas; comisión de exacciones y cohechos; etc.). Esta agencia policial está permanentemente pugnando por tener más poder y

Rafecas D. E.
Una mirada
crítica sobre la
teoría
agnóstica de
la pena

despojarse de todo tipo de controles que le impida desenvolverse hacia sus propios fines no declarados: arrasar con el Estado de derecho y consagrar el pillaje y la extorsión como meta posible a partir del poder de sus aparatos bélicos sobre los ciudadanos comunes.

En definitiva, se presenta a la agencia policial como una serie de instituciones de neto corte autoritario, que jaquean permanentemente al Estado de derecho con sus acciones y con sus pretensiones de mayor poder, y que desde el Estado de derecho es menester enfrentar y contrarrestar a fin de asegurar la paz social y el mantenimiento de los derechos y garantías constitucionales.

En segundo término, se presenta a la agencia judicial como la encargada de cumplir este rol antagónico frente a la agencia policial. Es el operador judicial el encargado de frenar el avance del poder punitivo y de negarle el paso hacia una imposición de pena, a aquellos casos de aplicación irracional de poder punitivo. El integrante de la agencia judicial, con el derecho penal como principal herramienta discursiva, desarticula uno a uno todos los intentos autoritarios que pugnan por más y mayor represión penal. Claro, tiene que dejar pasar (en su camino hacia la pena estatal) aquellos casos en donde el poder punitivo se muestre menos irracional, como una suerte de sacrificio del mal menor, frente a la posibilidad cierta de que si no actúa de ese modo, sea él el arrasado por el Estado de policía y sus estandartes mediáticos conducidos por empresarios morales siempre dispuestos a una mayor facturación (económica, electoral, etc.).

Así, se presenta a la agencia judicial como un conjunto de juristas valientes, ilustrados y humanistas, conscientes de su (trágico) destino y de su finalidad, que revisan meticulosamente todo lo que la agencia policial le presenta en el juzgado o en la fiscalía y que al mismo tiempo controla la actuación policial en todos los ámbitos, procurando descubrir aquellos bolsones de poder punitivo subterráneo para denunciarlos y así contribuir al afianzamiento del Estado de derecho. Una agencia judicial que es consciente de la selectividad del sistema penal y así opera en permanente contraselectividad, aplicando nociones fundamentales tales como la insignificancia y la vulnerabilidad. Es conocida la comparación que realiza Zaffaroni de la agencia judicial con el papel que cumplen las organizaciones de ayuda humanitaria en una guerra: así como la intervención de la Cruz Roja, sostiene el autor, no legitima la guerra, la actuación de la agencia judicial no legitima el poder punitivo: en ambos casos, se trata de minimizar los daños ocasionados.

En definitiva, en el Tratado se recrea un viejo y exitoso recurso literario: la lucha del bien contra el mal; el *villano* enfrentado al *héroe*. Los que forman parte de las agencias policiales son los *villanos* (1) (violentos, insaciables, irredimibles), mientras que los que integran la agencia judicial son los *héroes* (honestos, sabios, humanistas).

¿Es esto así? Veamos:

Si bien la descripción que realiza Zaffaroni acerca de cómo operan nuestras policías latinoamericanas está, según creo, bastante cercana a la realidad en sus efectos deletéreos, se

trata de una explicación que transita por el plano del *ser* (recordemos esta conclusión para más adelante), y desde este punto de vista, creo que los datos y referencias que presenta el Tratado sobre el tema son, si se quiere, materia opinable, quizás tendenciosos e historicistas, pero en definitiva, *verdaderos* al menos parcialmente para la discusión en ese plano.

Ahora bien, nada se dice acerca del *deber ser* de la agencia policial: ¿tiene una misión que cumplir en un Estado de derecho? Indudablemente la respuesta es sí, no es posible imaginar una democracia sin un poder de policía que asegure el cumplimiento de sus cometidos básicos. Acerca de cómo *debería ser* la agencia policial en un Estado de Derecho democrático nada dice el Tratado, ello pese a que es abundante la literatura de las últimas décadas acerca de este tema (en el derecho anglosajón y comunitario europeo se lo conoce como “community policing” y hasta el propio Massimo Pavarini la defiende desde la criminología crítica).

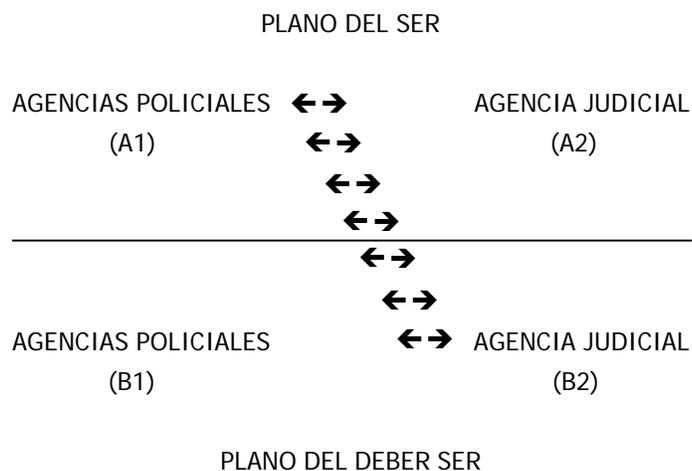
Por otra parte, la exposición de la agencia judicial también puede decirse que es correcta, pero siempre y cuando la adscribamos al ámbito en donde ésta está planteada: en el plano del *deber ser*. Más bien, lo que se expone en el Tratado, es una expresión de deseos acerca de cómo debería funcionar la agencia judicial. En este sentido, la aserción relacionada con la agencia judicial también es válida (retengamos esta conclusión para después).

Pero, ¿opera de ese modo la agencia judicial en el plano del *ser*?. La respuesta, indudablemente, es negativa. El propio

Zaffaroni es un experto en el tema de funcionamiento real de estructuras judiciales, pero en el Tratado no se hace demasiado hincapié acerca de la cuestión. Como está demostrado, la agencia judicial real, especialmente en Latinoamérica, no se diferencia demasiado de las policiales: son verticalizadas y revelan los peores rasgos de las burocracias, realizan una segunda fuerte selección conforme a estereotipos y óperas toscas sobre la materia prima ya filtrada, presentada por la agencia policial; son a su modo violentas y discriminatorias, y permeables por muchos costados a la corrupción de las restantes agencias y factores de poder (económico, político, etc.). Además, el integrante de la agencia judicial, lejos del ideal de ilustrado humanista, por lo general es un funcionario que debe su cargo a favores de distinta índole, sin mayor formación jurídica, ni conciencia acerca del importante rol que -con toda razón- Zaffaroni le asigna en el plano ideal. Lejos de ello, por lo general la agencia judicial legitima sin chistar la actuación policial y reproduce en su propio ámbito los mismos vicios; nunca o pocas veces cuestiona la actuación de las otras agencias ni se entromete con los vastísimos campos de actuación descontrolada e impune en donde las agencias ejecutivas ejercen poder punitivo subterráneo y positivo configurador. No sólo ello, las propias agencias judiciales también cuentan con sus propios espacios de poder punitivo subterráneo que están en pugna con los espacios ilegales de las demás agencias, terreno en donde sí se generan ciertas disputas de "control" de aquélla sobre éstas.

Se adivina entonces la conclusión. En el Tratado se enfrentan dos aserciones más o menos correctas, pero que operan en

distintos planos: la dimensión empírica de la agencia policial *versus* la versión ideal normativa de la agencia judicial, cuando lo correcto hubiese sido comparar cómo *son* realmente agencias policiales y judiciales por un lado, y como *deben ser* esas mismas agencias en el plano ideal.



Cabe entonces reprocharle a la teoría agnóstica de la pena, el mismo vicio lógico que ésta le enrostra a las demás teorías: se incurre en una falacia normativista, ya que Zaffaroni también inventa un sistema penal que no existe en la realidad para asentar sobre éste su construcción negativa de la pena.

¿Qué pasaría si enfrentamos A1 y A2?: advertiríamos que ambas agencias tienen enormes ámbitos de ilegalidad y de incumplimiento de los fines que el Estado de derecho tiene reservada para cada una. Pero lo más importante es que se caería este supuesto “enfrentamiento” entre ellas (más bien

Rafecas D. E.
Una mirada crítica sobre la teoría agnóstica de la pena

parecen necesitarse mutuamente), y que en realidad, es falso sostener que el Estado de derecho sigue vivo gracias a los agentes judiciales. Si la tesis de Zaffaroni fuere correcta, el Estado de derecho habría desaparecido hace rato, porque insisto, éstos están lejos de cumplir con el deber asignado idealmente. Sin embargo, los Estados de derecho siguen en pie, de modo que aquella *demonización* de la agencia policial pierde consistencia argumental.

Por otra parte ¿qué pasaría si enfrentamos B1 y B2?: llegaríamos a la conclusión de que es posible (y hasta ineludible) defender una concepción democrática no sólo de la agencia judicial sino también de la policial, por la simple razón de que ambas son imprescindibles para el funcionamiento del Estado y porque también la agencia policial debe estar integrada por ciudadanos y ciudadanas que provienen de esa misma comunidad y tienen todo el derecho a no ser estereotipados de antemano como sujetos alienados e irrecuperables para el bien común.

PLANO DEL SER

AGENCIAS POLICIALES (A1) ←=====→ AGENCIA JUDICIAL (A2)

AGENCIAS POLICIALES (B1) ←=====→ AGENCIA JUDICIAL (B2)

PLANO DEL DEBER SER

Rafecas D. E.
Una mirada crítica sobre la teoría agnóstica de la pena

Así, despejados estos problemas, creo que una vez más debe rescatarse la concepción del derecho penal mínimo (Ferrajoli) como la que mejor se defiende de estos embates lógicos: parten claramente de un sistema penal ideal (con una misión dentro del Estado de derecho democrático asignada a todas las agencias); hacen una cruda descripción del funcionamiento real de todas las agencias; incluidas las penitenciarias y el fracaso de la prisión como pena central secular; pero concluyen que renunciar al sistema penal significaría dejar paso al ejercicio descontrolado de venganzas privadas y públicas, de modo que se impone racional y científicamente imponer castigos penales allí cuando sea estrictamente necesario y en la medida imprescindible para impedir tales venganzas.

No alienemos a la enorme cantidad de recursos humanos y materiales disponibles en las agencias policiales, ni las reafirmemos en el rol antagónico al Estado de derecho, intentemos integrarlos a éste, démosle herramientas para que luchen contra sus aspectos perversos y disfuncionales, controlémosla con todos los medios posibles, como a cualquier otra instancia de poder estatal.

Aprovechemos la construcción teórica de Zaffaroni en este sentido: la lucha entre Estado de policía - Estado de derecho es absolutamente cierta, pero no se da de la forma idealizada en la que es presentada en el Tratado (agencias policiales vs. agencia judicial), sino más bien de otro modo, cual es, que en cada tribunal, en cada comisaría, en cada cárcel, etc., coexisten elementos que tienden en uno u otro sentido y que pugnan por imponerse; la tensión se revela en los distintos criterios que pueden tener dos o más funcionarios

para llevar a cabo un allanamiento, ultimar una sentencia, ejecutar una privación de libertad; no sólo eso, la lucha entre ambos opuestos se da en el interior de cada uno de los operadores del sistema penal, en sus inclinaciones hacia el autoritarismo o hacia el respeto y la tolerancia. Y aquí aparece la importancia de las universidades y demás agencias reproductoras de ideología (escuelas de policías, penitenciarios, etc.) y de los medios de comunicación, ya que ambos tienen una influencia capital en el moldeado de las futuras decisiones de todos los operadores del sistema penal.

En definitiva, como desde siempre sostuvo el garantismo penal, se trata de acercar *en todos los frentes* aquella dimensión ideal y constitucional existente sólo en el plano del *deber ser*, válida pero ineficaz, a aquella otra dimensión fáctica imperfecta, tendencialmente inválida, anhelo que incumbe tanto a las agencias policiales como judiciales.

No es otra cosa yo, la misión del Derecho Penal.■

NOTAS

(1) Es cierto que los villanos, en general, son a la vez víctimas de un proceso perverso de asunción de dicho rol del que son enteramente ajenos (policización), dato que explica el destino asignado en esta pugna.

Rafecas D. E.
Una mirada
crítica sobre la
teoría
agnóstica de
la pena