

“Neopunitivismo” y (re)educación republicana. Respuesta a Diego Freedman

Roberto Gargarella

Ante todo, quisiera agradecer a Juan González Bertomeu el haber promovido este debate, que en lo personal necesito tanto, y a Diego Freedman el haber intervenido en él del modo en que lo hizo. Uno –finalmente, un inmigrante sin papeles para el derecho penal- corre siempre el riesgo de ser expulsado de cualquier territorio nuevo al que recién llega, por lo cual agradezco especialmente la amabilidad de su recibimiento.

Los comentarios de Diego me dan una buena oportunidad para re-pensar y aclarar algunas cuestiones que considero esenciales, en la reflexión sobre los fines y límites del derecho penal, y el castigo en particular. Me concentraré, específicamente, en dos temas, uno relacionado con el contenido democrático de la propuesta republicana; y el otro vinculado con la crítica a las respuestas penales de tipo excluyentes.

Contra el “neopunitivismo.” Por qué democracia y (sobre todo) qué idea de democracia?

La primera de las cuestiones sobre las que quisiera detenerme es la referida a la relación democracia-derecho penal. Este es un punto sobre el cual conviene andar con especial cuidado, particularmente si tenemos en cuenta la habitualidad con que se relaciona la idea de “democratización” con la de “decisión por parte de las víctimas;” y más aún si reconocemos el fuerte vínculo que existe entre el mayor protagonismo de las víctimas y el crecimiento de las denominadas visiones “neopunitivistas.”

Como bien lo señala Diego, me interesa criticar este “neopunitivismo,” y lo hago a partir de las objeciones al “populismo penal.” Dentro de la noción de “populismo penal” incluyo a las corrientes que pretenden que el derecho penal tome la forma que la ciudadanía reclama, particularmente a través de sus voces más salientes o resonantes en el tema, que suelen ser las de las víctimas del crimen y sus allegados. Es contra dicha posibilidad que se torna especialmente importante clarificar cuál es la idea de democracia que tenemos en mente, cuando hablamos de democracia. Según entiendo, la idea de democracia que los “neopunitivistas” y “populistas” sugieren es tan pobre que resulta inaceptable: fundamentalmente, se trata de una propuesta en donde democracia parece asimilarse a “lo que reclama la gente (con la que conversamos en la calle o en el bar),” o “lo que escuchamos que grita la gente (luego de la comisión de algún crimen horrendo).” En el mejor de los casos, la idea de democracia propuesta desde este campo es la que se deriva de algunas encuestas de opinión. El derecho penal, según esta idea, debe seguir el (alarmado) ritmo que le imponen las demandas ciudadanas, expresadas a través de encuestas periódicas. Conforme diré, dichas expresiones merecen ser resistidas por alguien que –como es mi caso- piensa en una noción más robusta y exigente de la democracia, como la relacionada con la deliberación colectiva.

Por supuesto, la noción de democracia deliberativa nos remite a un ideal –a un ideal regulativo. Sin embargo, dicha circunstancia, justamente, nos ayuda a señalar importantes cuestiones de grado y nos permite reconocer, por ejemplo, el poco valor de las expresiones manifestadas por unas cuantas personas, en una encuesta. Ello, entre otras cosas, porque uno reconoce que las cuestiones relacionadas con *los derechos y la justicia* –que involucran preguntas de interés público, y en donde las decisiones de cada uno afectan de modo relevante a los demás- no merecen ser resueltas como pueden serlo las cuestiones relacionadas con *el consumo y el mercado*. En éste último caso, pero no en el primero, puede tener sentido que se le pregunte a cada uno por sus preferencias personales, y que se tome a tales respuestas como base decisiva para la acción (tiene sentido, por ejemplo, construir más autos con cajas de cambios automáticas si una mayoría de la gente prefiere tener ese tipo de automóviles). En cambio (y esto es, al menos, lo que sostienen quienes proponen una justificación *epistémica* de la democracia) cuestiones relacionadas con principios de justicia no deben depender de los gustos particulares de nadie (ni de una mayoría), sino que deben ser objeto de un debate colectivo, en el cual todos, pero especialmente aquellos que van a ser particularmente afectados por dichas normas, deben tener la oportunidad de testear y corregir sus ideas con los demás.

Podemos disentir, entonces, acerca de los modos en que acercarnos al ideal deliberativo – en su triple exigencia de *igualdad, inclusión y debate*- pero eso no debe obstar a que seamos capaces de criticar y/o dejar de lado (en tanto alternativas que tienen la pretensión de ser consideradas “democráticas”) a aquellas propuestas que descuidan o directamente socavan a los principios que definen a aquel ideal. Las soluciones sugeridas por el “populismo,” por caso, se basan en la absoluta ausencia de debate; conllevan el protagonismo casi exclusivo de las víctimas en el diseño de las respuestas penales; auspician el (consiguiente) silenciamiento de los sujetos que son principales objeto del reproche penal; y asumen de modo incuestionado un punto de partida marcado decisivamente por la existencia de fuertes desigualdades materiales. Estas soluciones distan exageradamente de las que podrían proponerse desde una concepción deliberativa y, por ello mismo, deben ser señaladas como lo que son: soluciones que muy difícilmente pueden hacerse acreedoras del adjetivo “democrático.”

Del mismo modo (aunque no me detendré en el punto, ya que no fue objeto especial de los comentarios de Diego), en mi texto me interesó mostrar que quienes parten de una noción robusta de democracia, también tienen razones para rechazar la *alternativa tecnocrática* que normalmente se contraponen a las soluciones del “populismo.” El punto me parece importante, sobre todo, cuando advertimos de qué modo aún autores comprometidos con ideales exigentes de la democracia –tal como es el caso de Philip Pettit- aparecen suscribiendo este tipo de “escapes tecnocráticos” ante el horror que les genera la amenaza “populista” (en el caso de Pettit, la propuesta es la de un “Banco Central para la definición de las penas,” capaz de resistir la “dinámica del escándalo” que parece jugar un papel decisivo en los desarrollos contemporáneos del derecho penal).

Como comentario final sobre el punto, agregaría solamente que no creo que la experiencia propia de nuestro país deba dejarse de lado, por su carácter excepcional, tal

como lo plantea Diego. Por el contrario, dicha experiencia debe ser objeto de nuestra más detenida atención, entre otras cosas porque ella ilustra especialmente bien los riesgos a los que nos referimos más arriba. Por un lado, históricamente, en nuestro país hemos oscilado entre alternativas tecnocráticas y alternativas “populistas” pretendidamente democráticas, con los resultados conocidos. En los últimos años, por lo demás, nuestro país se ha caracterizado por darle una gran acogida a las soluciones “populistas,” que han terminado por desfigurar el rostro de nuestro ya deformado derecho penal. En este sentido, la experiencia argentina es extraordinariamente ilustrativa de todo aquello que un demócrata tiene razones para resistir.

Sobre (los riesgos de) las pretensiones educativas del republicanismo

Algunos de los puntos más importantes de entre los comentarios de Diego Freedman aparecen en el apartado segundo de su texto. Generosamente, Diego ayuda a mostrar – con toda razón, agregaría- de qué modo mis planteos no deben ser asimilados a lo que la tradición dogmática ha denominado el positivismo criminológico. El punto es importante, entre otros motivos, dado al justificado desprestigio en que han caído las soluciones de dicho positivismo, tanto como por la premura de algunos penalistas para asociar con el mismo a todas aquellas alternativas a las respuestas de tipo excluyente (como la prisión) hoy dominantes en el derecho penal.

Sobre la cuestión, sólo agregaría unas breves notas a la amable reconstrucción presentada por Diego. Ante todo, insistiría en señalar lo que debiera ser obvio, es decir, que los problemas sociales no deben ser tratados a través del derecho penal, sino por medio de políticas sociales. Luego, insistiría también en la idea de que las respuestas penales que conocemos, de tipo excluyente, tienden a ser ineficientes respecto de los fines que ellas mismas se proponen (reducir el delito, inducir a que el delincuente no reincida), a la vez que resultan objetables para quienes parten de una mirada republicana de la sociedad –es decir, una mirada preocupada por la integración de la comunidad y la fortaleza de los vínculos sociales. Para quienes parten del paradigma de la integración social, la radical exclusión de la sociedad de algunos de sus miembros –luego de que se pruebe que ellos han cometido alguna falta reprochable- no puede ser vista sino como una respuesta absolutamente inapropiada. Finalmente, y esto es lo que más me interesaba señalar, me preocupa dejar en claro el modo en que concibo a las respuestas “incluyentes.”

Sostuve en mi texto que las respuestas republicanas que proponía no debían ser vistas como intentos de “regenerar” a “sujetos desviados.” Este tipo de respuestas me resultan inaceptables, por un lado, por presuponer la superioridad moral de quienes imponen las penas, y por otro –en buena medida, un punto que es contracara del anterior- por desconocer, menospreciar o dejar de lado la autonomía propia de quienes cometen una ofensa. La propuesta republicana no se orienta a modificarle el carácter a nadie, sino que procura asegurar el igual status de todos. Por ello, pretende que todos participen más activamente en el diseño de las normas que van a aplicarse luego sobre ellos; y por eso también quiere que nadie sea privado de su status de igual ciudadano. El republicanismo

toma a cada persona como un agente moral, como alguien capaz de entender y razonar. En dicho contexto, quienes quebrantan alguna regla básica de la convivencia no deben ser “reformados,” obviamente, dado que ello implicaría no tomar a los ofensores como iguales. Porque se presume que los ofensores son agentes morales, como todos los demás, el derecho debe apelar al entendimiento de aquellos para comunicarles que el resto de la comunidad desapruueba –y tiene razones para desaprobado- la conducta que han llevado a cabo. Dicha comunicación, eventualmente, puede ser acompañada de la imposición de alguna sanción –por caso, la obligación del ofensor de reparar el daño que ha realizado- y/o con el inicio de un proceso de educación en el respeto de los derechos de los demás. Pero aquí el principio sigue siendo el mismo: como se asume que cada persona es y merece seguir siendo tratada como un sujeto autónomo, ningún proceso “educativo” puede ser respaldado si pretende imponer un “lavado de cerebro” sobre el ofensor, o intenta que el mismo “aprenda la lección” a partir de la fuerza. En el mundo penal republicano –al menos el que yo concibo- sólo la persuasión tiene sentido.

Puede ocurrir, entonces, que alguien no quiera atender razones, desprecie a su comunidad, y rechace cualquier intento de entrar en contacto con funcionarios públicos penales. Ello puede ocurrir, y no debe ser visto como un problema grave: cualquiera tiene el derecho de “ser dejado en paz.” Ahora bien, si el sujeto en cuestión acompaña su postura de desprecio a la comunidad con agresiones hacia los demás, el respeto de la autonomía de los demás exige la protección de los últimos, y puede conllevar algún tipo de reproche sobre el eventual agresor. El agresor puede ser respetado en las convicciones que lo llevan al aislamiento social, pero al mismo tiempo verse forzado a restaurar el orden que ha roto, por ejemplo compensando económicamente a quienes han sido sus víctimas. Esta situación, por lo demás, es compatible con el principio que dice que el Estado no debe abandonar nunca sus mejores esfuerzos por lograr recuperar como ciudadanos plenos a cada uno de sus miembros, y debe persistir en su intento por hacerle entender a todos la importancia del igual valor de los demás. Este básico compromiso con la civilidad, según entiendo, no puede ni merece ser descrito como una forma de perfeccionismo estatal.

Diego Freedman, de todos modos, ve un riesgo en esta propuesta, porque entiende que, en la medida en que este tipo de respuestas sean asumidas como un “bien” para el individuo, ellas no van a ser objeto de los controles que siempre son necesarios frente al Estado. Esto es lo contrario a lo que ocurre con el derecho penal tradicional. Como dice Diego,

(el) hecho de asumir que la respuesta al hecho conflictivo es un mal, al menos nos asegura que tratemos de monitorear con la mayor intensidad posible esa situación para evitar abusos y (desarrollar) mecanismos de control permanentes. Cuando se asume que la respuesta tiene características positivas e inclusivas, probablemente, se reduzcan los mecanismos de control o se establezcan criterios más flexibles...Por ejemplo, si la respuesta es la asistencia a una institución educativa, nadie se opondría, ni se preocuparía demasiado en controlar que no se cometan abusos, ya que suponemos que no es un ámbito violento. Pero si esa institución funciona como una cárcel,

tenemos un problema, sino no se le reconoce tal condición y no existen fuertes y permanentes mecanismos de control.

Creo, de todos modos, que la respuesta al problema que él señala aparece en su misma presentación, en la suposición de que "esa institución funcion(e) como una cárcel." Creo que Diego tiene en mente casos como los de los Institutos de Menores, que alegaron tener una función educativa y terminaron siendo la vergüenza que hoy son. Pero en ese caso, la explicación no le corresponde al republicanismo: si alguien diseña una institución con forma de cárcel, habitaciones con barrotes, guardias, encierro forzado y controlado por personal armado, y luego pretende denominar a la misma "institución educativa," resulta claro que es esa misma persona la que nos debe una explicación acerca de por qué pretende que veamos como republicana a una institución puramente represiva. Mucho más si nuestra pretensión no es la de coaccionar a nadie para que deje de pensar o hacer algo, sino la de apelar a la razón y a la buena fe de cada uno. En este sentido, concluiría diciendo que la salida que propone el republicanismo es, simplemente, la antítesis de cualquier respuesta represiva. Por ello es que podemos ir sin cuidado y sin complejos frente a ejemplos como el señalado, que subvierten enteramente los principios, medios y fines que dan forma al pensamiento republicano.

