



ROBERTO GARGARELLA: “HAY QUE ROMPER CON LA IDEA DE QUE JUSTICIA=CASTIGO=CÁRCEL”

El constitucionalista Roberto Gargarella acaba de publicar el libro *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal* (Siglo XXI). Aprovechamos para conversar con él sobre el momento en el que sale a la calle el libro, cruzado por los casos de justicia por mano propia y la vuelta del tema de la inseguridad al tope de la agenda mediática.

IdZ: En las últimas semanas los casos de “el médico” y “el carnicero” pusieron en el tapete nuevamente la cuestión sobre la “inseguridad”, al mismo tiempo que se instaló el debate sobre la justicia por mano propia. Hasta el presidente Macri opinó sobre la cuestión diciendo que el carnicero debía estar con su familia, ¿cómo te parece que se plantea el tema de la seguridad y el castigo en el escenario político actual?

Veo una continuidad entre lo que fue la época del kirchnerismo y esta, en lo que es el discurso público por el cual optan las autoridades. El kirchnerismo tuvo cierta ambigüedad, pero discursivamente hay un claro continuo desde Néstor Kirchner a Cristina Kirchner, y las principales figuras de la administración. Lo vemos en las críticas a la justicia que “hace entrar por una puerta y salir por otra” a los delincuentes. Recordemos que ellos no son víctimas de Juan Carlos Blumberg¹, sino los que convierten en leyes sus demandas. Fueron activos en la transformación de nuestro derecho penal en lo que es hoy, con las características monstruosas que tiene. La nueva administración mantiene un perfil similar, porque además le interesa, y en parte quiere sobreactuar su opción por el orden. Ha sido muy consistente, considerando al presidente, la ministra de Seguridad, y la gobernadora de la Provincia de Buenos Aires, en esa línea, en contraste con lo que habría sido un período de “descontrol” de la calle durante la época kirchnerista. Y también en contra de la versión boba del garantismo que tanto el kirchnerismo como esta nueva administración aprovechan y usufructúan. Es pelearse con un fantasma o espantapájaros en su peor versión. Lo triste es que hay figuras dentro de la “izquierda penal” que abrazan esa versión boba. Pero yo creo que finalmente se están peleando con un fantasma, porque la realidad argentina es que tenemos más cárceles, más presos en ellas, y más maltrato a los presos hacinados.

Es un clarísimo termómetro de cómo se

viene organizando la vida pública en la sociedad argentina, y de qué hace el poder político dominante en relación con los que disienten o lo desafían de un modo u otro.

IdZ: Esta izquierda penal que mencionás está representada entre otros por Eugenio Zaffaroni y Luigi Ferrajoli, que recorren las discusiones de tu libro. ¿Cuáles son los aspectos que considerarás críticos de sus planteos?

Primero diría que creo que han hecho una enorme contribución buscando humanizar un derecho penal brutal, y darle alguna racionalidad a un derecho muy marcado por la irracionalidad, y en ese sentido han hecho un aporte muy vivificador de la doctrina. Pero al mismo tiempo hay que decir que han mantenido, en la teoría y en la práctica, posiciones enormemente problemáticas.

En el caso de Zaffaroni lo que planteo en el libro es que él y muchos de sus seguidores tienen una visión muy reactiva u hostil hacia todo lo que sea democrático. Ya sea porque tienen en mente el pánico de lo que fuera el genocidio, y entonces tienen la noción de que la participación popular lo que hace es generar amenazas; que la posibilidad de vincular al “pueblo” con las normas penales se entiende como sinónimo de hiperpunitivismo, de máxima punición, de más penas y más duras. Eso está en Zaffaroni como está en grandes autoridades del derecho penal, que yo aprecio y respeto mucho, como Luigi Ferrajoli por ejemplo.

Nuestro “progresismo penal” se lleva muy mal con la democracia todo a lo largo: en lo que es la redacción de las normas –vale la pena ver los archivos que muestran lo que decían los representantes de la izquierda penal sobre la posibilidad de abrir la redacción del Código Penal a la ciudadanía–; en lo que es la aplicación de las normas, con una visión muy judicialista que es fuertemente defendida por la doctrina penal progresista –otra vez los casos de Ferrajoli y Zaffaroni son muy notables– y a la vez verticalista, si se quiere de “aristocracia judicial”; y muy crítica en materia de decisión penal, rechazando la posibilidad de recurrir a jurados, etc. O sea que todo a lo largo del proceso de redacción de las normas penales, su aplicación, interpretación y la decisión penal, tienen una posición muy reactiva frente a lo democrático. Ese sería como un principal punto de crítica fuerte, que creo que es el eje que recorre todo el libro. Donde, por el contrario, hay una reivindicación del lugar del pueblo en la discusión

y la decisión penal. Aquellos ámbitos que tienen que ver con las decisiones que más nos importan, por ejemplo el control del presupuesto o el control de la coerción y la violencia, son las cuestiones en las que tenemos que estar más involucrados, y son en las que por el contrario estamos más marginalizados. Fijate que aún la Constitución Argentina, la puertita que le abre a la participación popular, se la niega para las cuestiones que tienen que ver con impuestos o normas penales. Yo diría que justamente es al revés, que son las áreas donde más debería haber un involucramiento de la discusión pública.

Esto es algo suscripto tanto por la derecha penal como por la izquierda penal. En el caso de los primeros, con la idea de que las personas no son capaces, no están preparadas suficientemente. Y en el de los segundos bajo la posición de que las personas se dejan llevar por las pasiones y se puede ir hacia un hiperpunitivismo. Estas afirmaciones jamás se apoyan en un dato empírico, no hay un solo sostén. Las pocas evidencias empíricas que podemos tener en la materia hablan más bien de lo contrario. Una, muy pequeña pero muy relevante, es que los jurados en países como el nuestro, se han mostrado siempre mucho más parsimoniosos que los jueces profesionales. Entonces, la pequeña evidencia que tenemos, en un país sin estadística en la materia como es el nuestro, va en dirección contraria.

Hay otro eje muy central en estos autores, que es la defensa de lo que llaman minimalismo penal o garantismo. La idea del minimalismo penal es que el juez administre la violencia en dosis módicas, más racionales, más controladas, etc. Zaffaroni usa la imagen de la Cruz Roja en la guerra: el juez entra en el conflicto, saca los heridos, minimiza la violencia, etc.. Me parece que, primero, si la realidad que se describe es de esa tonalidad, algo que yo suscribiría, es decir la de la guerra, la tortura, la violencia descomunal, lo que debe hacer el juez no es minimizar esa violencia, sino negarla. Si el mundo que se describe en el ámbito de la administración de coerción es del nivel de brutalidad que se afirma, entonces el juez no puede dosificar la tortura, debe impedirlo.

El último punto puede ser el más controvertible, que es el que tiene que ver con los crímenes de lesa humanidad. Yo veo en las posiciones de Zaffaroni, así como en las del CELS y otros organismos, lo que llamaría un principio de discontinuidad. Esto es: tienen una posición que coquetea con el abolicionismo

en un grueso de los crímenes y las ofensas, mientras que la posición se transforma en hiperpunitivista o maximalista cuando hablamos de los crímenes de lesa humanidad. Yo suscribo contra esa visión un principio de continuidad. Para mí están en la misma línea los crímenes pequeños y los más grandes e inaceptables, y merecen un tratamiento diferente de acuerdo a su dimensión. Los crímenes de los “ladrones de gallinas” merecen un tratamiento menor y posiblemente con ausencia completa de la coerción penal, mientras que los otros merecen una respuesta mucho más fuerte, pero están en la misma línea. Sostener un principio de discontinuidad es injustificable.

Entonces, en distintos ámbitos creo que hay puntos de debates con esta izquierda penal, con la que por supuesto estoy junto cuando tenemos que hablar contra el “blumberismo”, contra el populismo penal, la derecha penal, etc.

IdZ: Sobre el punto de los crímenes de lesa humanidad, tuviste un debate con Matías Maiello en las páginas de la revista [el debate se desarrolló en los números 8, 9, y 10 de la revista, de abril, mayo y junio de 2014 respectivamente; NDR].

Sí, claro. Ahora, creo que este modo de ponerlo es tal vez más iluminador. Hay un problema de pensar en esos términos de discontinuidad. Yo creo que hay que mirarlo de frente el problema. Tengo una visión muy crítica de la cárcel como respuesta, y la tengo en general. Por supuesto, mi prioridad es la vergüenza de que nuestras cárceles están llenas de perejiles y ladrones de gallinas. En rigor la abrumadora mayoría de los casos son vinculados a un pequeño narcotráfico. Lo que requieren por parte del Estado es el amparo, o el cuidado, y no la represión. Esos son los casos más preocupantes, pero mi resistencia a la idea de asimilar justicia con cárcel es todo a lo largo. Entonces, hay que ver de qué modo podemos reprochar los crímenes peores. Y no digo que no pueda usarse nunca la cárcel. Lo que sostengo es que una posición de crítica a ese instrumento como un tipo de respuesta irracional no debe abdicarse cuando de lo que se trata es de lidiar con mis enemigos. No, se tiene esa posición como principio. Es una respuesta que es una locura. A lo mejor hay casos en los que no puede hacerse otra cosa, pero hay que aceptar que es un instrumento que tiene mucho de irracionalidad. La idea de que se pueden buscar formas de reintegración social excluyendo gente, separándola, vinculándola con los que se han identificado como los peores criminales es una locura.

IdZ: Otra idea que planteas en el libro es que el sistema penal reproduce las desigualdades existentes en la sociedad. ¿Podríamos decir que esto está estrechamente relacionado con la falta de preocupación

del sistema penal por lo democrático que señalas?

Totalmente. Como el sistema penal, todo a lo largo, está en manos de una elite, desde luego que no podemos sorprendernos cuando vemos que esa elite es especialmente protegida, y los que no forman parte de esa elite son especialmente castigados. Hay un hecho en el que insisto siempre: en una sociedad como la nuestra –y como todas– caracterizada por una diversidad, pluralidad y multiculturalidad, nuestras cárceles tienen una composición bastante homogénea en términos sociales, culturales, etc. Hay un sesgo dentro del sistema del que hay que hacerse cargo. La desigualdad económica se traslada a todas las esferas, a la política, a la cárcel, al derecho. Entonces, la falta de democracia que hay en el derecho se traduce en un uso sesgado del aparato coercitivo.

IdZ: Volviendo a los casos más recientes. ¿Cómo te parece que estos son aprovechados desde los medios y sectores políticos que tienen un discurso de orden y represión, como el propio gobierno o Sergio Massa?

Son casos que tocan fibras muy sensibles en la sociedad, porque hay mucha gente que está atemorizada, sensibilizada, o le ha tocado vivir en cuerpo propio situaciones vinculadas con el tema. Cuando se toca esa fibra hay una respuesta social, y al político le interesa porque es un modo muy económico de ganar atracción diciendo tonterías. El caso de De Narváez hace unos años, o el de Massa ahora, son clásicos en la materia, con el “mapa del delito” o las cámaras; no saben que tienen para decir pero van por la línea del orden y la severidad porque entienden que es un discurso ganador. Lo mismo los medios, porque dada la sensibilidad que existe genera un discurso que se vende más que otros. En época de necesidad desesperada de ganar un nicho de mercado, rinde. La lógica del medio es la mercantil. No es la lógica democrática, la del buen argumento o la diversidad de voces, sino la de la ganancia. Por eso tanto la política como los medios de comunicación conviven muy alegremente con estos temas.

IdZ: Vos planteas que en el sistema penal actual el castigo, que a priori habría de ser una última instancia, se transformó en la primera.

Todo es un problema en cuanto a cómo pensamos el castigo. Primero, creo que en una comunidad democrática, siempre veríamos como justificado que hay una serie de conductas que queremos desalentar, y en algunos casos que queremos reprochar. Ahora, la idea de reprochar, no es lo mismo que la idea de castigo. El castigo implica normalmente imposición deliberada de dolor por parte del Estado en el caso penal. Una cosa es el reproche, que no es lo mismo que castigar, imponer dolor. Esta imposición de dolor es algo muy complicado

de justificar. Reproche no es igual a castigo, y además castigo no es igual a cárcel. Eso que fue reservado para el último lugar, que es el uso de la violencia estatal y el uso de la privación de libertad, pasó a convertirse en el primer lugar.

Lo primero que haría es romper esa sinonimia, de que reproche es castigo y castigo es cárcel. Este discurso que está muy instalado tanto en la derecha penal como en la izquierda penal, de que más cárcel es igual a más justifica es un discurso que merece ser roto. Justicia es y debe ser visto como otra cosa. Es atender al que ha sido ofendido, reparar el daño, buscar que el que ha ofendido se reintegre socialmente, eso es lo que uno idealmente podría aspirar a hacer. Pongamos que estamos en una sociedad en la que nos desconocemos, no hay comunidad, y hay mucha violencia. Puede resultar más complejo lo que planteo, pero creo que tenemos que aspirar a hacer otra cosa que el castigo y la cárcel. Luego vemos si lo alcanzamos o no.

Para mí justicia está asociado a este tipo de cosas: cuidar del otro, recuperar o restaurar lo dañado, hacer una atención muy especial por el que ha sufrido. En cambio el sistema penal (ya sea en las doctrinas de derecha o de izquierda) se empeñan en asimilar justicia con cárcel. Forma parte del nivel de brutalidad con el que nos ha educado a pensar en estas cuestiones. ●

Entrevistó: Esteban Mercatante.

1. El “ingeniero” y empresario textil que a raíz del secuestro y asesinato de su hijo Axel Blumberg se convirtió en referente del reclamo por penas más duras.

CRIMEN Y CASTIGO

Roberto Gargarella y Matías Maiello realizaron en las páginas de esta revista un extenso debate sobre derecho y justicia en la teoría de Marx y sus implicancias. Estos son los artículos que podés encontrar en nuestra web: Matías Maiello, “El derecho penal y la lucha de clases. Una polémica con Roberto Gargarella”, *IdZ* 8; Roberto Gargarella, “Notas sobre marxismo, justicia y derecho penal. Crítica a la crítica de Matías Maiello”, *IdZ* 9, Matías Maiello, “Encrucijadas de un abolicionismo ‘light’. Respuesta a Roberto Gargarella”, *IdZ* 9; Roberto Gargarella, “Crítica a la crítica de la crítica”, *IdZ* 10, y Matías Maiello, “Medios y fines. Segunda respuesta a Roberto Gargarella”, *IdZ* 10.