

PROF. MIREYA BOLAÑOS. DE LA INJUSTICIA PENAL A LA JUSTICIA SOCIAL. 243-252.
REVISTA CENIPEC. 28. 2009. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. MIREYA BOLAÑOS

DE LA INJUSTICIA PENAL A LA JUSTICIA SOCIAL

Por Roberto Gargarella

Siglo del Hombre Editores, Bogotá. 2008. Pp. 341.

Prof. MIREYA BOLAÑOS
Universidad de Los Andes
Mérida - Venezuela
mireyabo@ula.ve

La resección que presento en esta oportunidad revisa y recomienda la lectura de una obra de meridiana importancia y de muy reciente publicación, en la que su autor, el Profesor Argentino Roberto Gargarella, como es usual en él, nos coloca en la posición de pensar y re-pensar analíticamente sobre problemas del Estado, del Derecho Penal y de la Filosofía Jurídica.

Cuestionar la legitimidad que tiene el Estado para castigarnos a todos por igual, cuando no todos tenemos la misma capacidad ni las mismas razones para obedecer la ley, más aún cuando habría quienes tiene fundadas razones para desobedecerla, es sin duda una interrogante que se separa del Derecho para ubicarnos en espinosos terrenos filosóficos y sociológicos de los que la ciencia jurídica debe valerse a fin de brindar esquemas de respuestas que tengan el mismo rigor científico de la pregunta de donde surgen. Es más, son reflexiones que nos llevan a cuestionarnos a nosotros mismos como sociedad, pasando además por el propio sentido de la “democracia” en la que estas realidades se desenvuelven.

La lectura de esta obra, la entendí, desde el primer capítulo, como una invitación, a percatarme de que la discusión de los temas planteados, más que concluída ha alcanzado un buen nivel de efervescencia, que no es tanto lo que se ha escrito sobre ellos, como lo que está por escribirse y que a pesar de su complejidad son temas que agradecen el mínimo aporte que podamos hacerles. La obra está dividida en varias secciones, a saber: Investigaciones, Notas y Debates y compila algunos trabajos del autor en los que se muestra su interés por el tema y la sistematicidad de su trabajo, así como su preocupación por traer a la mesa de discusión ideas rigurosamente pensadas de manera que sean debidamente confrontadas en sesiones de debate científico.

En este sentido, esta obra intitulada **De la Injusticia Penal a la Justicia Social** resulta de obligada lectura, para quienes se interesen por Filosofía del Derecho, Filosofía Política Contemporánea, Criminología, Derecho Penal y

Sociología entre otras áreas del conocimiento social. Las cuestiones penales y filosóficas que acá nos plantea el Profesor Gargarella, son de muy vieja data, y no han sido pocos los teóricos que, preocupados por ellas, han ensayado una y otra vez, alternativas y propuestas a fin de colaborar en la comprensión de las mismas.

En los ensayos I y II, **Mano dura contra el Castigo I y II** que versan sobre la filosofía del castigo, básicamente sobre el problema de su justificación, el autor, partiendo del marco teórico de la filosofía política republicana, en la que se resalta la importancia de vínculos sociales, afectos y relaciones personales, para el desarrollo de personalidades y proyectos de vida en los sujetos, revisa las formas de aplicación del Derecho Penal en las sociedades marcadamente desiguales y propone las respuestas que debería dar una sociedad “Republicana” en caso de conductas reprochables.

Desde la idea de autogobierno, -uno de los valores del republicanismo que plantea la posibilidad de que cada uno de los afectados participe del proceso de formación de leyes en condiciones de igualdad-, y desde la noción de alienación legal, -entendida como toda situación extrema en la que los ciudadanos no consiguen identificarse con el contenido de la ley que están llamados a obedecer por ser extraña a sus intereses, lo cual podría dar lugar a la violación de ésta por parte de aquellos-, el autor pone al descubierto la relación directamente proporcional que existe entre el nivel de desigualdad de las sociedades y la posibilidad de que las leyes por las que tales sociedades se rigen, no refleje los intereses de la voluntad general. Al ser excluidos del proceso de configuración de la ley, los ciudadanos no encuentran razones para confiar en ella y obedecerla, de esta forma la ley resulta responsable en la estructuración de tales desigualdades, la cuales, diseña y mantiene, respondiendo a los intereses de los grupos dominantes. Las leyes fabricadas por estas élites padecen de lo que el llama “déficit democrático” y que en mi criterio se traduce en ausencia de legitimidad, lo que de hecho acarrea graves problemas.

En el marco de este modelo, las respuestas que tradicionalmente hemos dado, son: el castigo, -de ser posible cada vez más severo- la exclusión y el comportamiento individualista. Frente a este panorama el Profesor Gargarella plantea una salida que se enmarca dentro de la filosofía republicana -y que se

separa abiertamente tanto de la posición retributivista como de la consecuencialista-, haciendo una propuesta de teoría de justicia penal que parta de la noción de comunidad moral. En esta comunidad cada ciudadano debe ser tratado como un agente moral autónomo dotado de razón y capacidad para valorar sus errores y cambiar de parecer en su actuar y la interacción intersubjetiva se fundamenta en el diálogo razonado. En el diseño de su propuesta toma como punto de partida la premisa –en este punto se separa del pensamiento de Zaffaroni- de no aceptar bajo ninguna circunstancia que la violación de la ley que suponen las situaciones de alienación legal, pueda ser enfrentada con la violencia institucional del Estado haciendo uso de su poder coactivo. No cabe duda que la propuesta del Profesor Gargarella no sólo es atractiva sino además retadora sobre todo, conociendo, como efectivamente conocemos, los niveles de complejidad de las actuales sociedades, sin embargo es tarea común trabajar en función de crear los espacios de discusión en los que todos seamos capaces de hacer algún aporte.

En el capítulo que sigue **De la Justicia Penal a la Justicia Social** y aún en cuestionamientos que versan sobre la justificación del castigo, el autor pone sobre el tapete la conexión entre justicia penal y justicia social, revisando las tres propuestas teóricas más significativas en el abordaje científico de estas ideas y mostrando los niveles de crisis que alcanzan situaciones de justicia penal en escenarios estructuralmente injustos y desiguales, como es el caso de nuestras sociedades. Así, en criterio del autor, la doctrina del bienestar penal, que toma la reintegración del agresor a la sociedad como su propuesta más contundente, no supo honrar sus principios sociales y democráticos y terminó por favorecer a quienes mostraban mayores posibilidades de reintegración a la sociedad, poniendo en desventaja a quienes ya lo estaban, a partir de la mal manejada discrecionalidad de los jueces. Seguidamente el retribucionismo que trató de enmendar estos espacios que quedaron abiertos a la “buena voluntad” de los jueces reanimó la idea de la proporcionalidad y del principio de que el mismo castigo debía corresponder a quienes cometieran el mismo delito. Así las prácticas penales devienen en un descontrolado “sistema de igualdades” –igual pena para igual delito- y de directrices para dictaminar sentencias. De modo que la proporcionalidad y la imposibilidad de tener en cuenta situaciones personales de educación, trabajo y condición

familiar al momento de sentenciar, terminaron revirtiendo el efecto deseado y acentando las desventajas de los más desfavorecidos. Finalmente el populismo penal privilegia la víctima, descuidando los demás aspectos del problema al no darles el debido tratamiento. Dejar en manos de las víctimas la solución del problema, significó que toda medida tomada en favor de los agresores terminó siendo una ofensa para las víctimas, porque la situación deviene en una forma solapada de venganza personal. Frente a estos tres fallidos intentos teóricos el Profesor Gargarella plantea una propuesta desde la democracia deliberativa que fundamentada en la inclusión y en la deliberación aporten una salida cónsona con los principios democráticos de participación igualitaria en las decisiones de interés. Todo ello exaltando la importancia de las decisiones de los jueces.

En el capítulo siguiente **Justicia Penal Internacional y violaciones masivas de Derechos Humanos** a partir de tres casos puntuales, el autor, partiendo de los planteamientos de unos de los teóricos más reconocidos en el área - Duff- y advirtiendo sobre las diferencias que los separan, muestra con hechos concretos los graves problemas de justicia penal que se plantean en el ámbito del Derecho Penal Internacional. Se pasea por la legitimidad de quien toma la iniciativa de dar curso a un proceso judicial de corte internacional y toma postura por una salida que se inscribe de nuevo dentro de los planteamientos de la democracia participativa, tal es el caso del enfoque “comunicativo” al que refuerza desde una perspectiva deliberativa ampliada en la que pone en evidencia el falso carácter democrático de las normas penales que se han hecho a espaldas de un sector de la población. Para el Profesor Gargarella tanto el principio de inclusión como el de deliberación resultan ser los pilares sobre los que se sostiene la legitimidad y la validez de decisiones que tocan los intereses de todos.

En **Los desafíos republicanos a la represión penal** el autor retoma la noción de autogobierno -en este caso en su vertiente cívica- como forma de organización social. Aclara que éste exige: instituciones sociales que le favorezcan, ciudadanos que lo fomenten a partir de actitudes comprometidas con ciertos valores y un Estado que abandone su condición moralmente neutra. Expone la incidencia que tendría para el Derecho Penal asumir posturas como ésta, en la que se exige trabajar con individuos con determinadas cualidades cuando la realidad de las sociedades actuales parece ser construída justamente

sobre valores como el egoísmo, la desidia, la apatía, el ventajismo personal, entre otros. Siendo así ¿como es posible que los ciudadanos asuman una conciencia participativa y se autoreconozcan autores de las normas que rigen sus vidas? Precisamente en el marco de los valores republicanos debe darse prevalencia a los procesos deliberativos, así como a las instituciones socializadoras, como los escenarios idóneos de participación e intervención activa en la toma de decisiones, procurando que estos escenarios sean posibles hasta en los espacios más recónditos de la geografía social, fomentando la participación de todos sin distinción.

En **Un diálogo sobre la ley y la protesta social** el autor revisa detenidamente algunos casos puntuales de la realidad Argentina y Norteamericana de protestas sociales. Advierte sobre la importancia que han ido adquiriendo las protestas y manifestaciones públicas en sociedades en las que sistemáticamente se ha obviado el reconocimiento de derechos fundamentales para ciertos grupos de la sociedad. El Profesor Gargarella revisa el problema que se presenta entre el Derecho Penal y el Derecho Constitucional en casos de “conflictos de derechos” en los que la situación se lleva al punto de “escoger” cuál derecho es más importante que otro. El universo de situaciones, ideas, opiniones y teorías que se abren a partir de eventos sociales como las protestas, es sin lugar a dudas, muy rico. Estas se han convertido en un recurso importante para aquellos que no tienen fácil acceso a la justicia o que han sido sistemáticamente desatendidos en sus solicitudes –el caso de las violaciones de derechos sistemáticas- También han sido exitosamente utilizadas para hacer llamados de atención a la población civil en el papel activo que están llamados a jugar en la restitución del Estado de Derecho, valga como caso ilustrativo no sólo los que el profesor Gargarella nos comenta en su obra sino también un caso aún más vigente, el caso Venezuela, en el que protestas y reclamos iniciados por los movimientos estudiantiles de todo el país fueron seguidos con rigurosidad por la sociedad civil logrando resultados de trascendencia socio-política reconocidos internacionalmente, como lo es la reactivación del movimiento de oposición al actual gobierno Venezolano, lo cual ha devenido en la obtención de resultados sorprendentes en un par de eventos electorales, que muestran un cambio interesante en la perspectiva del rumbo político del país. El Profesor Gargarella muestra con datos claros cómo la ley ha sido utilizada deliberadamente para minimizar –e incluso hasta anular- la

importancia de los derechos básicos de los grupos con mayores desventajas, todo ello a partir de “argucias” argumentativas que ciertamente distan mucho de los razonamientos de quienes asumen el compromiso de valorar de manera equilibrada todos y cada uno de los aspectos que hacen parte de estas realidades. Su disertación invita a revisar y a analizar tales situaciones no solo con mayor seriedad sino también con un sentido crítico y de compromiso frente a valores verdaderamente democráticos donde sea posible escuchar el parecer de todos, incluso de quienes han apelado a estos recursos para alzar su voz.

En el siguiente capítulo **El Derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema** el Profesor Gargarella revisa el derecho de resistencia como expresión de la disidencia social y partiendo de una comparación entre el momento histórico en que este derecho nace y los tiempos actuales, revisa algunas de las razones por las que hoy en día este derecho ha quedado rezagado dejando de ser ese instrumento útil con el que se exigía la reivindicación de Derechos Humanos violentados. Expone cómo este particular derecho adquiere una connotación distinta cuando se trata de grupos sociales en situaciones de extrema pobreza y cuyos derechos humanos básicos están lejos de ser atendidos. Revisa también cómo la idea de transgresión de la norma jurídica en estos casos, rebasa la pura noción jurídica de violación del Derecho para ubicarse en el plano de la ética, abriendo un discusión que está lejos de concluir y en la que la violación del Derecho más que un acto reprochable se convierte en una acción de sobrevivencia, en la que ningún reclamo puede pretenderse moral ni legítimo.

En la sección (Notas) se compilan algunos escritos penales que abordan temas diversos de necesaria discusión y que guardan estrecha relación con los trabajos de investigación ya mencionados. Comentaré brevemente cada uno de ellos. En **Desigualdades Económicas y Derecho Penal** los profesores Gargarella y Felix Ovejero señalan cómo nuestros modelos económicos fundamentados en la desigualdad y la filosofía penal del premio-castigo, contradicen nuestra propia naturaleza humana y los sentimientos por los cuales nos movemos en situaciones despersonalizadas. En **El Derecho penal frente a los casos extremos** el Profesor Gargarella pone en el tapete la incapacidad del Derecho Penal para hacer frente a problemas que rebasan claramente sus propias y escasas posibilidades de dar una respuesta coherente y de cómo sus actuales respuestas no sólo son inidóneas sino las peores para lidiar con problemas estructurales. En

carcelarias expone cómo la propia irracionalidad de la cárcel ha sido históricamente alimentada con resignación y la venganza ha ocupado el lugar de la razón sin mayores problemas. Nos hemos autoconsolidado con desarrollos teóricos que se desvanecen en un mar de justificaciones de lo que no es justificable y que pone en evidencia nuestra desidia frente a la atrocidad. En **Elegir y castigar** muestra cómo la selectividad del sistema penal no es ni mucho menos ingenua. El qué, el por qué, a quien y como castigar son decisiones a las que se llega luego de buscar razones hacia el futuro o en el pasado, pero que a fin de cuentas se mueven entre las ramas, evadiendo desde la Filosofía, la Criminología, la Sociología y el propio Derecho Penal, el núcleo del asunto, el hombre en su más genuina condición humana. En **La respuesta Penal** vemos cómo la falta de sentido común y la insensibilidad como verdugos nos colocan frente a nuestras víctimas en una condición peor que la de ellos como violadores de la ley y de cómo las incoherentes medidas penales obedecen a propósitos que nada tienen que ver con los niveles de criminalidad y las razones por las que resulta inconveniente sustituir las medidas penales por medidas de carácter social. En **Pegarle al abuelito** el autor nos pone en contacto con lo que él llama el “tejido social” de una colectividad humana y revisa brevemente cómo las propias políticas públicas afianzan divisiones de grupos en los espacios que deberíamos percibir como compartidos, haciendo que los intereses de unos y otros se divorcien al punto que nos sea ajena la idea de com-unidad y en consecuencia que nos sea extraña la idea de que violentar al otro es de alguna manera violentarnos a nosotros mismos. En **Varias certezas y un pero** el Profesor Gargarella muestra cómo las bondades y aciertos del sistema de justicia de un país con graves desigualdades sociales, no debe ser razón suficiente para dejar de advertir y enfrentar los vicios que ese mismo sistema de justicia pone en evidencia cuando se presenta parcializada y subjetiva. Reconocer sin dejar de desconocer son virtudes que deben complementarse en una democrática pretensión de objetividad. En **Republicanismo y Sistema Penal** el autor reafirma su posición en relación a que un Estado policial no sólo no aporta nada al grave problema de la delincuencia, sino que peor aún, lo agrava considerablemente. Por esta razón, una vez más opta por respuestas que tengan en cuenta al ser humano desde su condición humana y visto como agente moral autónomo. En **¿Tienen derechos los delincuentes?** El autor aborda un aspecto bastante álgido de la cultura penal que nos ha “enseñado” que cometer un delito equivale en buena medida a la

pérdida irreversible de casi todos nuestros derechos. Esta realidad nos pertenece, entre otras razones, por la forma en que están diseñados nuestros sistemas penales. Sin embargo, irónicamente quienes desdican de un Estado que protege sus delincuentes, no se percatan de la frágil línea divisoria que existe entre delincuente y sospechoso cuando el sistema de justicia se pretende cada vez más y más drástico contra el delito y no se percatan tampoco de que en tales situaciones, sospechosos somos todos sin excepción, incluyéndoles. No se percatan por tanto de cómo son capaces de defender con ahínco la injusticia de la cual fácilmente pueden llegar a ser víctimas.

Finalmente invito a la amena lectura de la parte final del libro **Debates** en la que los Profesores Freedman, Anitua, Gaitán y por supuesto Gargarella nos pasean agradablemente por lo que éste último llama “el debate honesto y amigable”. En mi criterio esta sección del libro expone claramente dos cosas: primera: la complejidad de los temas que acá se abordan y en base a ella la casi absoluta imposibilidad de que todos los interesados en ellos -filósofos, juristas, sociólogos, criminólogos- queden “satisfechos” con algunas propuestas y opiniones. Y segunda, -que prodría entenderse como una derivación de esta primera- que esta “insatisfacción” es la que hace posible el escenario de discusión y análisis tan necesario en temas cuya importancia rebasa los linderos de la historia y cuya explicación-justificación deja al descubierto nuestra propia condición moral no sólo como científicos sino también y fundamentalmente como sociedades.

Los planteamientos del Profesor Gargarella y la forma en que son expuestos, nos llevan a percartarnos de nuestros errores como ciudadanos, de nuestras deficiencias como agentes civiles activos llamados a participar en la configuración de nuestras propias sendas sociales y políticas y nos encara, desde otra mirada, con toda la miseria humana que hemos sido capaces de construir magistralmente a partir de una experiencia social que hemos llamado Derecho Penal. Pero sobre todo nos abre las puertas de la esperanza de que las peores realidades pueden cambiar cuando están en nuestras manos las decisiones de esos cambios y de que a fin de cuentas no es tan cuesta arriba apelar a esa humanidad que todos llevamos por dentro y que nos identifica como seres que hacen parte de una misma entidad.