Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

RÉPLICA A PABLO LARSEN

Prof. Dr. Roberto GARGARELLA*

En esta breve respuesta quería, sobre todo, agradecer la generosa y lúcida reseña de mi libro *Castigar al Prójimo,* escrita por Pablo LARSEN. Su texto muestra una lectura atenta de la obra, como también una buena comprensión de trabajos previos que yo he escrito en el área y en territorios cercanos.

Para comenzar un diálogo en la materia, me concentraré aquí muy brevemente en las observaciones más críticas de LARSEN. De cada una de ellas —y por razones de tiempo y espacio— diré apenas unas pocas cosas, repitiendo ante todo mi reconocimiento por su labor.

1) En torno a los arreglos institucionales que podrían honrar los ideales democrático-igualitarios que se defienden en el libro, he dicho algo en aquél, pero agregaré alguna cuestión más. Por un lado, representa un síntoma de la observación que hace LARSEN la cita que recupera de ANDRÉS IBÁÑEZ, en donde éste habla del acercamiento candoroso que muchos demócratas mostraríamos hacia la institución del Congreso, frente al análisis "tremendista y apocalíptico" que presentaríamos en relación con la jurisdicción. El punto es que, en lo que a mí respecta al menos, mi atención no se centra en absoluto en el Congreso, al que atribuyo problemas similares a los que observo en el Poder Judicial (burocratización, corrupción, aislamiento, elitismo, etc.). Quiero decir: la defensa de la democracia deliberativa no encuentra su frontera última en el Congreso. Más bien lo contrario: allí debe ponerse un foco particular de atención, dado el modo en que dicha institución ha quedado cooptada por intereses ajenos y distantes del debate colectivo. Por eso, los arreglos institucionales preferidos deben orientarse —como pudiera ser obvio dados los rasgos del ideal de la democracia que defiendo— a promover una mayor inclusión y una mayor discusión en torno a temas de interés público. En ese sentido, hay muchas reformas institucionales que sugerir e implementar (NINO da alguna cuenta de algunas en su libro *La constitución de la democracia deliberativa*). Sin embargo, el caso sobre el cual insisto en el libro —el caso "Gelman"— representa un buen ejemplo de lo mucho que se puede hacer sin recurrir de modo urgente a

* Profesor de derecho constitucional (UTDT). Doctor en Derecho (University of Chicago). Abogado y sociólogo (UBA). Contacto: robert@utdt.edu.

DR © 2017. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

grandes reformas. Lo interesante de la decisión de la comunidad uruguaya respecto de la amnistía tuvo que ver con los niveles de inclusión y debate cívico que hubo en torno a la decisión, debate que de modo reiterado se intentó abortar o amputar desde el aparato institucional más tradicional y que encontró una última guillotina en la Corte Interamericana. En todo caso, las reformas en cuanto al financiamiento de la política, en torno a la democratización de los medios de comunicación, u otras destinadas a permitir que se escuchen las voces que hoy tienden a reprimirse policialmente, son algunas de las medidas y reformas más cercanas que pueden abordarse, orientadas en la dirección que el libro propicia. Otras reformas más ambiciosas serían las destinadas a crear procedimientos más "conversacionales," que nos permitan dialogar colectivamente sobre los temas que más nos angustian. Necesitamos que la interpretación de esos valores primeros —finalmente, principios constitucionales— quede en manos de toda la comunidad. Un ejemplo sencillo y fácil de implementar, al respecto, se encuentra en los mecanismos de audiencias públicas implementadas por nuestro Congreso y nuestra Corte Suprema. Públicamente, defendí tales iniciativas, pero también las critico severamente por lo que no han dado: se trata de iniciativas que siguen estando enmarcadas en los poderes discrecionales de nuestras ramas de gobierno, que no sólo organizan tales audiencias cuando quieren y como quieren, sino que siempre se cuidan bien de quedarse con la última palabra en tales asuntos.

2) ¿Con qué estándares podríamos evaluar el pedigrí democrático de las reformas penales que se implementen?, me pregunta LARSEN. Bueno, en parte la respuesta es recurrente en el libro: los estándares tienen que ver con las pautas de debate público e inclusión que constituyen los pilares básicos de la idea de democracia que defiendo. Por eso —y para retomar dos ejemplos utilizados por LARSEN en su reseña— las "reformas Blumberg" se clasifican bajo, por no estar precedidas por un intercambio de argumentos entre puntos de vista diferentes y por provenir de una elite conservadora. Todo ello, por lo demás, con un "plus negativo" muy fuerte, por querer alegar en su favor lo que en realidad era su principal defecto: el respaldo democrático que nunca tuvo ni persiguió tener. Como digo siempre en el libro: una marcha o una encuesta de opinión pueden referirnos de algún modo a "mucha gente," pero el vínculo de tales expresiones con la democracia es muy débil. Ese "blasonar sobre lo que se carece" le daba a las "leyes Blumberg" una carga negativa especialmente fuerte. Mientras tanto, y para citar el segundo ejemplo de LARSEN —la reforma del Código Penal en el año 2014—, los problemas también son intensos, porque la reforma se pensó a puertas cerradas y entre especialistas, y con un discurso —que algunas de sus principales figuras subrayaron una y otra vez— muy hostil a la participación democrática. En términos procedimentales, entonces, ninguna de las reformas citadas se clasifica bien. En términos

DR © 2017. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del carácter democrático de su discurso —en el caso de las primeras, un discurso de apelación democrática, en un marco en verdad muy elitista; en el caso de las segundas, un discurso simplemente elitista— ambas reformas resultaron inatractivas, aunque diferentes. ¿Se trató, entonces, de reformas igualmente rechazables? No, en parte por lo ya dicho. Luego, podremos "hilar fino" en la "gradación democrática o no-democrática," de cada una de ellas, para ver los detalles de aquéllas, en términos de participación y discusión. Aquí también las conclusiones nos llevarían a resultados diferentes. Sin embargo, intuyo que la cuestión —la preocupación de LARSEN, digamos— pasa por otro lado: supongo que siente alguna sensata simpatía hacia las reformas del Código, y alguna razonable antipatía ante las "reformas Blumberg". Pero lo que esta incomodidad —incomodidad que comparto— revela, es que hay otras cuestiones y variables en juego, que también —obviamente— merecen ser tomadas en cuenta. Y es que la preocupación democrática dirige el foco de su linterna —no sólo, pero de modo especial— sobre los aspectos procedimentales de las reformas. Pero esos rasgos no son los únicos aspectos importantes, a la hora de evaluar una reforma. Junto a tales criterios, podemos tomar en cuenta cuestiones "ideológicas" como podemos examinar de qué modo cuidan, tales reformas, de "garantías" que nos interesa preservar. Al respecto, sin dudas podemos aventurar algunos juicios sobre el contenido de las reformas, más allá de las diferencias de interpretación que puedan surgir frente a cada cuestión específica (hasta qué punto se preservaron tales y cuales garantías, por ejemplo). No creo que sea difícil reconocer, por caso, un carácter represivo-conservador en las "leyes Blumberg" y un carácter —en general— más liberal en las reformas del Código. Y me parece bien que sumemos este tipo de criterios a nuestro análisis. En definitiva: la "vara democrática" no es imperialista, no quiere ni necesita medirlo todo: nos permite ver, en cambio, áreas cruciales normalmente descuidadas y nos ofrece criterios muy importantes a tomar en cuenta a este respecto.

3) Finalmente, LARSEN presenta una pregunta que el propio WALDRON se hace a sí mismo, en torno a su argumento de defensa de la decisión democrática en relación con las formas tradicionales del control judicial. La pregunta es: "¿es que para los demócratas todo está disponible?" En términos más claros y específicos: ¿es que los más demócratas aceptamos que "todo" quede sujeto a la decisión democrática? Como LARSEN reconoce, mi respuesta no es positiva (mi respuesta es diferente —más democrática— de la de WALDRON, en éste y otros sentidos). Considero que, por ejemplo, las reglas del juego democrático merecen una protección muy especial; y que las cuestiones vinculadas con la autonomía personal merecen quedar exclusivamente en manos de cada individuo. Ambos temas, por supuesto, abren interrogantes

DR © 2017. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

muy fuertes, relacionados —por ejemplo— con el "cómo reconocer" qué forma parte del ámbito de lo privado y qué no; o quién custodia los procedimientos; o cómo se definen los procedimientos democráticos adecuados. En parte apoyado en NINO, en parte teniendo en cuenta el trabajo de ELY sobre procedimentalismo, en parte siguiendo los trabajos de FEINBERG sobre "daño a terceros;" en parte conforme a lo que he planteado en otros escritos propios, vengo tratando de articular algunas respuestas en torno a estos difíciles temas. Pero ante todo: mis propuestas, como las de cualquiera en esta materia, nos abren a controversias que no podemos resolver en unas pocas páginas y que tal vez no podamos "cerrar" bien nunca (cuestiones como las de la distinción público-privado, por ejemplo, recorren toda la historia de la filosofía política). La buena noticia es que hemos avanzado mucho en estas discusiones (insisto, como ejemplo, en los trabajos de FEINBERG). La mala noticia es que muchas de estas discusiones prometen ser interminables. En todo caso, y para avanzar algunos pasos, agregaría lo siguiente: ciertas cuestiones, como las vinculadas a determinados derechos fundamentales y ciertos procedimientos democráticos, no representan para muchos de nosotros —demócratas deliberativos— algo así como una "esfera de lo indecidible." Se trata, más bien, de cuestiones o intereses muy importantes, a los que queremos proteger de modo muy especial. Lo que creo que corresponde, en estos casos, es diseñar procedimientos "complejos" que involucren a distintas instituciones y que nos obliguen a "pensar dos veces" lo que hacemos (¡o muchas más veces!): procedimientos que estén llenos de "alarmas" destinadas a sonar cuando terminamos afectando indebidamente a ciertas personas o grupos, etc. ¿Esto implica, entonces, que "todo se discute"? En un sentido amplio, sí, pero es un "sí" demasiado calificado: "sí" no quiere decir "mañana votamos sobre lo que se nos ocurra", sino —simplemente— el reconocimiento de que los temas públicos de máxima importancia no nos son ajenos y que el sistema institucional apropiado debe reconocer ese dato y ayudarnos en ello.

Disculpándome por la brevedad de la respuesta, vuelvo a celebrar el valor y profundidad de la reseña que comento.

DR © 2017. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/