Comentario al Capítulo 3 de *Castigar al prójimo*

Leonardo Filippini*

I

Todo el trabajo de Roberto Gargarella vinculado al derecho penal, desde hace ya algunos años, ha sido muy enriquecedor para quienes ejercemos esa rama del derecho. En ese contexto se inscribe *Castigar al Próximo*. Hay un valor agregado en las discusiones que ha abierto el autor, por ejemplo, en el capítulo comentado, como contradictor o dialoguista de Zaffaroni o de Ferrajoli, juristas que han sido y son para nuestra generación autores de amplísima difusión, muy leídos, pero quizá no necesariamente controvertidos en todas sus dimensiones. Hay cierta dificultad en la tarea de conectar con eficacia distintas lecturas o preocupaciones del campo del derecho constitucional y de la teoría de la democracia con aquellas discusiones más propias de autores penalistas y Gargarella lo hace en *Castigar al Próximo*.

El capítulo 3 es una coda al que presentó Marcelo Alegre. En ese capítulo Gargarella recoge algunas de las críticas que recibió (varias emparentadas a las que Alegre planteaba) y amplía la exposición de su crítica a Ferrajoli en torno a varias cuestiones, tomando en cuenta las observaciones que él mismo recibió a raíz de aquélla. La primera cuestión que trae está vinculada a la función judicial y al papel de los jueces en el control de las decisiones mayoritarias. La segunda es lo que llama los riesgos del mayoritarismo y las distintas posiciones que existen al respecto. En tercer lugar, presenta sus reflexiones sobre “los modos de pensar el castigo” o el derecho penal, comparando sus argumentos con los de Ferrajoli.

Gargarella señala, tanto respecto a la función judicial como respecto al juego de las mayorías, que no le preocupan tanto las condiciones personales de un juez, sus subjetividades, la ideología que pueda tener frente un asunto, o su grado de activismo o neutralidad, como el diseño institucional que hace que un juez o un ciudadano operen en la generación de acuerdos colectivos y de decisiones que son de interés colectivo en un marco acotado por instituciones.

Todo el tiempo recalca que las diferencias con Ferrajoli y con los críticos a sus observaciones acerca de Ferrajoli no están ancladas en la forma de considerar tales

* Profesor, Universidad de Buenos Aires y Universidad de Palermo.

posiciones del juez individual —en particular, habla del activismo judicial y del contenido ideológico que pueden tener algunos jueces— sino en la forma en la que cada uno percibe el lugar de las reglas de juego y en cómo de modo independiente a las pulsiones personales los individuos operan en el espacio de lo público.

Esto trae a colación conceptos muy reiterados en los trabajos de Gargarella en materia de control de constitucionalidad y de teoría constitucional. La idea *Madisoniana* de que las instituciones deben servir a contener nuestras inclinaciones facciosas. Si no fueran necesarias las instituciones, no tendría mayor sentido la discusión acerca de la reglamentación del juego de nuestra vida comunitaria. Precisamente, las instituciones son el corazón de lo de que debemos discutir. En ellas están las garantías para que todos operemos dentro de un cierto rango de previsibilidad y límites. En la discusión con Ferrajoli, así, la objeción de Gargarella no se dirige a un juez por activista o neutral, ni él se embandera necesariamente en una posición laudatoria o crítica del activismo o la neutralidad judicial. Gargarella critica el diseño institucional que Ferrajoli acepta y el ámbito de decisión que, en definitiva, los jueces tienen en la visión de Ferrajoli.

152 Gargarella agrega —anticipando una crítica y ofreciendo una versión más refinada de su propia visión— que lo dicho no implica ser ciego ante jueces parciales, o que condicionan sus decisiones por percepciones personales. Incluso señala el riesgo de que un exagerado foco institucional haga perder fuerza a la crítica a la ideologización que pueda tener un juez, o a su parcialidad. Con todo, advierte que el foco en las calidades personales de un juez, al punto de aceptar un sistema institucional defectuoso que permite a los jueces algunas licencias porque son “buenos jueces”, están inspirados en “los buenos principios”, o porque comparte una mirada política apreciada presenta un problema doble: ese enfoque impide analizar a cabalidad el diseño institucional y debilita la posibilidad de discutir las intromisiones sobre lo que debería ser la actuación judicial.

Algo parecido, hasta donde puedo ver, se presenta en torno a los riesgos mayoritarios en las decisiones democráticas. De vuelta, dice Gargarella, no se trata de pensar que la ciudadanía librada a su capacidad de deliberación va a optar, necesariamente, bien o mal, o sesgadamente, sino de entender que todos tomamos, con un cierto grado de compromiso con la construcción de una comunidad, decisiones colectivas fundadas aunque con información inexacta o incompleta, preferencias personales y políticas, asimetrías en el acceso al conocimiento y capacidades y posibilidades distintas de intervención en la esfera pública. Gargarella insiste —en contra de Ferrajoli aquí— que esto les ocurre a los *simples* ciudadanos y a los jueces por igual.

Por ello, no se trata de tener *ex ante* una posición escéptica respecto de lo que las mayorías puedan hacer. Esto lo marca claramente: “no es que Ferrajoli sea pesimista y yo optimista acerca de qué es lo que hacen las mayorías”. Otra vez aparece el mismo eje conceptual en torno al cual discutía la cuestión de la función

judicial. No se trata de tener una posición intuitiva sobre lo que un juez puede llegar a hacer en una determinada situación sino de considerar que todos estamos sujetos a ciertas pulsiones y seríamos facciosos, en algún modo, en los términos de Madison, bajo circunstancias parecidas.

Lo relevante, de tal modo, es pensar en reglas de juego que nos ayuden, contengan y permitan nuevas lecturas de los temas comunes. O que fomenten cruces de decisiones y controles para que el producto final termine siendo lo más lejano posible a esas preferencias individuales y lo más parecido, en términos de aspiración, a una decisión colectiva que tenga en cuenta del modo más respetuoso posible las demandas y necesidades individuales de cada uno de los miembros de la comunidad.

¿Cómo llegar a esto? No depende de la confianza sobre lo que la comunidad podrá decidir sino de las reglas y los formatos bajo los cuales puestos a decidir estaríamos más cerca de decisiones tendencialmente más cercanas a la aspiración en común. En una democracia deliberativa, ciertamente, los jueces tienen una posición privilegiada para hablar con una voz más fuerte. Sin embargo, ese atributo se justifica en la posición de escucha judicial a la persona afectada por la decisión colectiva, de un modo distinto, o en un espacio diferencial a aquel en el que la decisión colectiva se generó. Este papel judicial marca un nuevo hiato con Ferrajoli. No es una virtud propia de los jueces, ni una capacidad especial, digamos, sino el predicado de una regla procedimental. Los magistrados están en mejor posición no por ser jueces, sino por estar en posición de escuchar, bajo condiciones controladas, a quien ha sido postergado en la consideración colectiva de un asunto.

153

El último aspecto abordado se refiere al modo de pensar el castigo. Parece haber una tensión —no están del todo referidas las críticas que Gargarella recibió, uno las intuye— en la mirada sobre algunas aristas del valor de la voz de la víctima. Gargarella pone en discusión la afirmación según la cual los jueces pueden empoderar o respaldar la visión de la víctima sobre la definición de un asunto, empoderamiento que aportaría una vía de legitimación al castigo judicial.

Al igual que en los otros asuntos y en trabajos anteriores, Gargarella responde aquí que el castigo penal no escapa a un escrutinio democrático y que por ello es necesario una teoría de la democracia enmarcar el castigo. La pena es una decisión colectiva y debe superar el mismo examen democrático que cualquier otra decisión colectiva. Por supuesto, las demandas de las víctimas deben tener un lugar, deben considerarse sus necesidades y sus particularidades, pero para Gargarella ello no implica un componente especial que ubique a los jueces en una posición privilegiada, o con una mejor voz, al momento de definir un asunto sobre la base de la consideración que puedan dar a quien ha sido atropellado en sus derechos.

Con esto Gargarella avanza sobre una crítica fincada sobre todo en el campo de las graves violaciones a derechos humanos. La víctima merece una escucha atenta, pero ello no implica de modo simétrico una posición dominante sobre la definición del

asunto, ni una venia al actuar judicial en tato refleje esa misma posición. Gargarella intenta construir, entiendo, una observación que disputa la afirmación de que los jueces se legitiman por hablar por las víctimas. Agregaría, asumo, que además es inexacto afirmar que todas las víctimas quieren necesariamente más pena y castigo: Tengamos menos cautelas frente al juego democrático, nos diría, sin ningún escepticismo inicial acerca de lo que las víctimas o las mayorías nos puedan llegar a decir.

II

Hasta aquí he intentado presentar la manera en que Gargarella expone su posición frente a las objeciones recibidas a raíz de su crítica a Ferrajoli. Una observación adicional, con todo, puede no haber sido abarcada: ¿Resulta eficaz esta respuesta para acotar el espacio de definición judicial como pretende o, en definitiva, sigue asumiendo, aunque desde una fundamentación distinta, una amplísima capacidad judicial todavía emparentada con aquello que impugna?

Gargarella es crítico de la capacidad judicial para definir los contenidos de los asuntos colectivos corrigiendo las decisiones deliberativas y más bien cercano a posiciones en las cuales sí, sobre la base de una atenta revisión de los procesos relativos a la toma de esa decisión, los jueces puedan enmendar los procedimientos, exigir procesos de revisión, u ordenar a los poderes políticos tener en cuenta situaciones omitidas.

154

No es sencillo dilucidar, sin embargo, el borde entre el avance judicial sobre el fondo de una decisión colectiva —si se quiere, *a la* Ferrajoli— de aquel obrar judicial que pone en acción las correcciones que sí acepta Gargarella. ¿Su tesis, al fin, no deja viva, de todas maneras, una enorme capacidad judicial para intervenir sobre los procesos políticos a los que busca ser deferentes? Si subsiste un amplio margen de maniobra para revisar el proceso deliberativo —aun cuando se trate de un ámbito más contenido en un sistema de reglas— al final del camino podemos preguntarnos si no hemos dejado a los jueces en una igualmente significativa posición de interponer su propia impronta, aunque ahora como árbitros de la calidad del procedimiento. En definitiva, podría no quedar clara cuál es la institucionalidad que limitaría el margen de intervención judicial sobre la calidad del procedimiento democrático.

En tanto la escucha judicial al afectado ubica al juez en lugar donde no se ubica ningún otro participante del juego político, queda un resquicio abierto a sus propias consideraciones personales. Y ello presenta un dilema: si la observación es correcta, son necesarios criterios adicionales de distinción para no colar bajo la apariencia de un control procedimental los mismos sesgos que se pretenden excluir al limitar una revisión judicial sustantiva. Alternativamente, el camino abierto por Gargarella podría pretender ser, en cambio, mucho más abrasivo de las atribuciones judiciales. Si esto es así, la exigencia de revisiones de procesos fallidos debería darse a través de otras instituciones y mecanismos políticos distintos del judicial.