

La patria es el otro

Apuntes sobre el extranjero en la reforma del Código Procesal Penal de la Nación

Por Alfredo Guevara

Apertura.

El pasado 10 de diciembre, la Cámara de Diputados de la Nación dio sanción definitiva al nuevo Código Procesal Penal, cuyo rasgo característico es el cambio del viejo modelo inquisitivo a un modelo acusatorio, más respetuoso del derecho de defensa, exigencia de cambio que venía siendo postergada desde hace años y que ya se venía aplicando en la mayoría de las provincias.

El proyecto original sufrió diversos cambios en el Senado debido a los cuestionamientos de organismos de Derechos Humanos centrados fundamentalmente en la utilización del concepto de “conmoción social” como criterio para mantener la prisión preventiva y denegar la excarcelación durante el proceso y también en el tratamiento diferenciado de los extranjeros para la regulación de instituto de la suspensión de juicio a prueba.

Mientras la “conmoción social” fue eliminada, no fue posible modificar el tratamiento diferenciado de los extranjeros en el nuevo texto legal.

La sanción de esta norma fue precedida por la instalación de una serie de discursos protagonizados por el Secretario de Seguridad y reproducidos ampliamente por los medios de comunicación, que señalaron a los delincuentes extranjeros como protagonistas del fenómeno de la inseguridad, y los calificó como una enfermedad al señalar que “estamos infectados de delincuentes extranjeros”.

En el presente trabajo nos proponemos analizar el tratamiento diferenciado de los extranjeros, como parte de una cesura que permite instalar en nombre de la seguridad modificaciones legales que vulneran derechos fundamentales.

Suspensión del Juicio a Prueba y sociedades de seguridad.

La suspensión del juicio a prueba o "*probation*" fue incorporada al Código Penal Argentino en la década del 90, y permitió introducir- limitadamente- la posibilidad de resolver el conflicto penal con medidas alternativas a la pena privativa de libertad, en causas menores donde la condena no supera los tres años de prisión y cuando el imputado carece de antecedentes.

La disponibilidad de la acción penal y el concepto de que el Estado no está obligado a perseguir y llevar a juicio todos los delitos fue en su momento cuestionado por el populismo punitivo local, descolocado por tratarse de un instituto de procedencia norteamericana producto de una nueva lógica de gobierno de la inseguridad, en el momento en que en nuestro país se imponía la hegemonía del pensamiento neoliberal, en aparente contradicción con las políticas de "tolerancia cero" impulsadas por el ex alcalde de Nueva York Rudolph Giuliani.

Resulta interesante analizar el contexto histórico en el que se formuló esta institución en nuestro país, es decir, el pase de las "sociedades disciplinarias" a las "sociedades de seguridad", en las que las lógicas correctivas y los principios de resocialización entran en crisis, cuestionando la eficacia del encierro como respuesta a la cuestión criminal. La lógica de la mano dura y el endurecimiento del sistema penal se produce en nuestro país en el contexto de la profundización de la exclusión social producto de la imposición del modelo económico promovido por el "Consenso de Washington", que obliga también a políticas de disciplinamiento de las protestas sociales y criminalización de amplios sectores de la población excluidos de la lógica del mercado. La mutación de la lógica disciplinaria por la securitaria implican dispositivos que presentan características específicas, y el caso concreto de la suspensión de juicio a prueba implica una reacción del sistema penal en términos económicos, de eficacia de la regulación. La suspensión del juicio a prueba no es presentada como una medida alternativa que permite no criminalizar los conflictos sociales. Por el contrario, se presenta como una relación de costo- beneficio, una economía del poder. El delito, como acontecimiento probable y no eliminable debe gestionarse, aplicado a ciertos

sectores de la población y centralizado en determinados delitos- fundamentalmente contra las personas y la propiedad perpetrados por individuos pobres y excluidos- invisibilizando otros delitos que ocasionan igual o incluso mayor daño social. El sistema penal, mediante la introducción de este instituto, se propone concentrarse en este tipo de delitos, abriendo entonces la posibilidad de “disponer” de la acción penal en aquellos casos en que no se considere, en términos económicos, conveniente el ejercicio del poder punitivo que se desencadena como técnica de gobierno de la inseguridad.

Populismo penal

La modificación recientemente introducida por el nuevo Código Procesal Penal en el artículo 35 establece una diferenciación en la aplicación de la suspensión del juicio a prueba en caso de que la persona imputada sea extranjera en “situación irregular” y sorprendida en flagrancia. En ese caso, el juicio solo podrá suspenderse con la expulsión inmediata del extranjero en situación irregular del territorio nacional y la prohibición de reingresar al país por cinco años, “siempre que no se vulnere el derecho de reunificación familiar”.

La sanción de esta norma fue precedida por la instalación de una serie de discursos protagonizados por el Secretario de Seguridad que señalaron a los delincuentes extranjeros como protagonistas del fenómeno de la inseguridad, y los calificó como una patología social al señalar que “estamos infectados de delincuentes extranjeros”.

Resulta pertinente en relación al modo en el que se instala la necesidad de expulsar a los extranjeros ilegales en el discurso político, interpelar nuevamente la noción de “populismo penal” que David Garland en su libro “La cultura del control” utiliza, destacando la irrupción de la cuestión criminal en el escenario político-electoral. El Secretario de Seguridad, a raíz de estas y otras intervenciones en idéntico sentido, se posiciona en un escenario electoral donde predominan discursos de “mano dura”, ocupando un espacio que desde 2003 estaba reservado a la oposición de derecha. En torno del concepto de “populismo penal”

- referido básicamente a la aplicación de penas privativas de libertad- se ha dicho que resulta conveniente repensar esta noción, en tanto en tanto las discusiones sobre la inseguridad no implican solamente el endurecimiento del sistema penal, sino también otro tipo de intervenciones, centradas básicamente en la cuestión de la resocialización y las políticas sociales. Ahora bien, frente a la pena de expulsión de extranjeros, tal como se ha legislado, creemos necesario reactualizar el debate sobre la pertinencia de la categoría de “populismo penal”, en tanto dicho castigo no conlleva ninguna política social, se reduce a la eliminación del otro. A diferencia de las políticas penitenciarias, cuyo ideal resocializador aún mantiene cierta vigencia en los debates políticos y jurídicos, la expulsión carece de todo sentido que no sea pura retribución, resultando esta práctica desprovista de todo contenido de política social. No se pretende sostener escenarios monocromos, es cierto que no solo los organismos de Derechos Humanos reclaman la integración del “otro” extranjero, y que los debates políticos pusieron de relieve la diversidad de posiciones. Si señalamos que la norma tal cual se aprobó implica una reafirmación del “populismo punitivo”, noción que resulta pertinente en el presente caso, donde es sabido que los destinatarios de la misma serán los inmigrantes pertenecientes a los sectores más vulnerables. No se observa que opere en el caso la identificación, aún bien intencionada, entre pobreza y delito, toda vez que no hay política social alguna que no sea la expulsión, contrapuesta a los principios que orientaron la Ley Migratoria aprobada en los inicios del gobierno de Nestor Kirchner. Tal vez, el nuevo escenario que nos propone este debate, lejos de ser monocromo, se desarrollará en otros sentidos, ya que la mera expulsión como respuesta a los inmigrantes más vulnerables niega rotundamente categorías y políticas públicas centradas en la ampliación de derechos y el paradigma de los derechos humanos vigente en nuestro país desde 2003. Como toda norma legal, requiere de un complejo proceso para su aplicación, que incluirá no solo debates públicos sino también la intervención de órganos jurisdiccionales, existiendo un amplio campo normativo que permitirá sostener la inconstitucionalidad y la dudosa aplicación de una medida que se presenta desprovista de toda política social y

como una forma de intervención en el espacio político-electoral contradictoria con la propia identidad del modelo político que pugna por mantener su hegemonía.

El otro extranjero. Diferencia y bio-poder

El tratamiento diferenciado del sistema penal a los extranjeros, constituye una resultante de relaciones de poder generadas por las prácticas y producción de discursos reflejados en las declaraciones del Secretario de Seguridad, inscriptos en un esquema general de poder. Si todo orden social y simbólico es un régimen de visibilidad y una pauta de partición de cuerpos y lugares, el tratamiento diferenciado del extranjero en el nuevo Código Procesal de la Nación sugiere examinar cual es esa construcción simbólica, creada a partir de una exclusión fundadora.

Tal cual se plantea desde la lógica discursiva institucionalizada en el nuevo régimen legal, se construye como necesaria la expulsión del extranjero. Se recurre al discurso de la “Defensa de la sociedad” como totalización excluyente, instalándose como necesaria la expulsión de ese otro amenazante como una forma de bio-poder.

Sin embargo no estamos frente a una restauración de la soberanía jurídico-política, más bien frente a la justificación de la expulsión de extranjeros que aparece como productiva en el marco de la “producción de seguridad”, y nos explica cómo se legitima la norma frente a la opinión pública como necesaria para la producción de un orden.

Como toda institución, la suspensión de juicio a prueba es moldeada por múltiples determinaciones que actúan como su causa inmanente. Abordamos el análisis de la pena de expulsión como efecto de ciertas prácticas inscriptas en un esquema general de poder: el “hacer morir” se presenta en este caso no como una negación de la vida, sino como expulsión del país a partir del criterio de selectividad de la agencia policial y su convalidación por la ley y el órgano judicial.

Si Carl Schmitt teorizó, basado en el derecho romano, respecto de la soberanía del estado respecto del otro extranjero como enemigo sin derechos, estamos ahora frente a una re-inscripción del poder soberano, no ya para reafirmar la soberanía jurídico-política del estado, sino como forma de defender la sociedad amenazada.

Tal cual lo señala Zaffaroni, la privación de libertad o la deportación constituyen la imposición de una pena entendida como mera contención, impedimento físico, una suerte de enjaulamiento de un ente peligroso. Para el teórico nazi Carl Schmitt el enemigo es “el otro, el extranjero”, y es el “núcleo troncal que abarcara a todos los molestos del poder, por insubordinados, indisciplinados o simples extranjeros. Así, como extraños, resultan desconocidos, y, se sabe, lo desconocido inspira desconfianza y por consiguiente resulta sospechoso por potencialmente peligroso.” En el *hostis* (el enemigo del derecho romano), es posteriormente incluido el “*hostis extranjero*” que es explotado, desde el prisionero esclavizado de la antigüedad hasta el inmigrante actual. Si bien las condiciones jurídicas han variado sustancialmente, “siempre se trata de un extranjero vencido al que trae la necesidad (sea bélica o económica) y que, por tanto, debe ser vigilado, porque como todo prisionero, tratará, en cuanto pueda, y a como diese lugar, de sustraerse a su condición subordinada”. Para Zaffaroni, solo resulta relevante la condición de ente peligroso del otro, sin que sea relevante “si la privación de los derechos más elementales a que se lo somete (sobre todo, a su libertad) se practique con cualquier otro nombre diferente del de pena y sin perjuicio, tampoco, de que se le reconozca un remanente de derechos más o menos amplio”

En otros términos, la deportación como forma de ejercicio de bio-poder, no se presenta como una afirmación del poder soberano del estado, sino se apela al discurso de la defensa de la sociedad como nuevo sujeto jurídico. La deportación se construye como una necesidad para la defensa de la sociedad, se concibe como un ejercicio de la bio-política, una reactualización de aquellos que deben vivir o no en la totalización excluyente. Conforme lo señala Foucault, el bio-poder constituye una tecnología que se ejerce sobre la población y produce efectos de

conjunto, instituyendo disciplinas que involucran al cuerpo individual pero también al hombre como especie, regulando a todos y a cada uno a la vez. El extrañamiento, la expulsión o la deportación del otro se concibió tradicionalmente como una pena de extrema gravedad.

Foucault señala que la exclusión tiene su origen en la fragmentación de la totalidad a partir de la introducción de una cesura que distingue entre quienes forman parte de la totalidad y quienes constituyen su amenaza. Estos últimos son definidos como peligrosos. En definitiva, la expulsión de extranjeros, considerados como peligrosos, se presenta como una condición de la vida de la totalidad. Se opera una cesura- una ruptura- que habilita la emergencia de un enemigo para la sociedad, identificable y por lo tanto eliminable. Para Agamben opera y se expresa en la propia categoría de pueblo, al señalar que un Pueblo con mayúscula es el cuerpo político integral, la totalidad constitutiva, y pueblo con minúscula, la multiplicidad fragmentaria de los excluidos. La inclusión que pretende no dejar nada afuera anuncia una exclusión: “El pueblo es lo que no puede ser incluido en el todo del que forma parte y lo que no puede pertenecer al conjunto en el que está ya siempre incluido”. Tal cual lo señalan Karina Mouzo, Alina Rios, Gabriela Rodriguez y Gabriela Seghezzeo el orden social y cultural contemporáneo puede ser comprendido en clave de defensa social, cuya clausura central es poner fuera de cuestión cierta distribución de los cuerpos y las miradas. Es necesario marcar al otro e identificarlo como un peligro, sobre el que debe sobrevenir la intervención sanadora. La expulsión de los extranjeros en la nueva redacción legal implica un mecanismo específico de reactualización de la diferenciación social, una “micro ejemplaridad” visible solo para los grupos vulnerables, aquellos inmigrantes que por su condición de desigualdad estructural son blanco de la selectividad del sistema penal, que son aquellos que “pueden ver” que la deportación puede caer sobre ellos.

Conclusiones

Si la suspensión del juicio a prueba se inscribió en nuestro ordenamiento jurídico penal como un ejercicio propio de las sociedades de seguridad en el marco del neo-liberalismo- como una economía de poder punitivo- no es menos cierto que existió una re- apropiación y re- significación del instituto en modo contra-hegemónico, como forma de reducir el poder punitivo del estado frente a los sectores excluidos, lo que se puso de manifiesto durante los debates ocurridos recientemente con motivo de la exclusión de extranjeros en situación irregular, frente a los cuales se les niega ese derecho.

Tal cual lo señala Mouzo, el “populismo penal” no solo nos remite a reclamos de política de mano dura, existen otras demandas sociales que tienen que ver con los avances en materia de ampliación de derecho de la etapa post- neoliberal. No se trata de equiparar pobreza, delincuencia y peligro, sino plantear el debate en términos de igualdad y desigualdad estructural, y de inclusión frente a la exclusión que impone la norma para los sectores más vulnerables.

Finalmente, si bien es cierto que la norma hoy es vivida en términos de micro ejemplaridad, destinada solo a aquellos sectores afectados, resulta posible imaginar la visibilización por parte del otro, momento en el cual se abre un campo de lucha donde no solo será posible discutir la legalidad de la norma, sino también su legitimidad en tanto se presenta la singularidad de la exclusión del otro

Para Zaffaroni la tarea a afrontar en relación al “hostis”, enemigo o extraño que pervive en el sistema penal no es sencilla, se inscribe en un debate mucho más amplio, que reside en poner de manifiesto su presencia desde el pensamiento pre moderno, la lógica bélica que se introduce al derecho, el estado de excepción al que se lo somete, y su admisibilidad como concepto en el estado de derecho “, sin que sea relevante si la privación de los derechos más elementales a que se lo somete (sobre todo , a su libertad) se practique con cualquier otro nombre diferente del de pena y sin perjuicio, tampoco, de que se le reconozca un remanente de derechos más o menos amplio”.

Lejos de toda monocromía, las políticas de seguridad se presentan como campo de lucha, y el nuevo Código Procesal Penal configura un escenario más, aunque

es importante reconocer que su aplicación nada tiene que ver con el fenómeno de la violencia tal cual se instala desde la criminología mediática y el populismo punitivo. Constituye un importante avance en el juzgamiento de los delitos dejar atrás el modelo inquisitivo, aunque el artículo que comentamos en este trabajo constituye una deshonrosa excepción. La contradicción se instala como una cuestión nodal, ya que la misma Presidenta de la Nación que envió el proyecto que diferencia el trato de extranjeros condenando con la expulsión al otro sin juicio previo lanzó la frase “La patria es el otro”, que tal como lo señaló José Pablo Feinman significa “que necesito del otro para hacer la patria. Sin el otro no hay patria posible. Nadie puede crearse la patria. La patria es una urdimbre de otredades que se requieren las unas a las otras.”