

Igualitarismo vs. Garantismo

Roberto Gargarella

El *garantismo* nació como una corriente criminológica opuesta a la arbitrariedad estatal en el uso de su poder coercitivo. La reconocida obra de Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, de 1764, aparece como una de las primeras y originales bases teóricas de esta visión, en su reivindicación de garantías liberales fundamentales, y su rechazo a los abusos del poder estatal. Esta doctrina liberal, de base contractualista e impulsos utilitaristas, fue expandiéndose, en el siglo xx –en particular, gracias al trabajo de autores como Luigi Ferrajoli– para desempeñarse más allá del derecho penal, y proponer un programa de pensamiento y acción más completo, frente a políticas como las del ajuste estructural que resultaron predominantes en la última fase del siglo. En esta versión más robusta, el garantismo vino a afirmar por un lado una visión protectora de las libertades individuales en materia penal –Ferrajoli dio empuje a lo que llamara una visión “minimalista” en el área– y a reivindicar, por otro lado, el valor de ciertas garantías fundamentales en materia social, con el objeto de proteger –en este campo también– a los más débiles frente a los abusos de los más poderosos.

En conversación con ese garantismo –el teórico, pero también el que se ha ido desarrollando en la práctica– quisiera reivindicar aquí una visión alternativa –a la que denominaré el *igualitarismo*– que, según entiendo, es capaz de retomar del mejor modo los aspectos más interesantes del garantismo, para separarse de él, y llevarlo más lejos o hacia otros lados, cuando resulta necesario. Dado que la discusión en cuanto a cuáles son los rasgos distintivos del igualitarismo puede ser inacabable, propongo en lo que sigue entender al igualitarismo a partir de un doble compromiso, en torno a los valores fundamentales y complementarios de la autonomía individual y el autogobierno colectivo. El igualitarismo, en tal sentido, asume por un lado que cada persona debe ser soberana, en tanto dueña de su propia vida (y por tanto, única decisora respecto al plan de vida, concepción del bien, ideales valorativos que cada uno prefiera para sí); y por otro lado –y en consistencia con lo anterior– considera que cada comunidad debe ser dueña de su propio destino, ejerciendo de forma también completa su autogobierno. Ese doble compromiso constituye un ideal regulativo, que por supuesto depende de una diversidad de condiciones –en particular, condiciones materiales, referidas a las reglas políticas, económicas y jurídicas vigentes– para poder ser satisfecho de un modo medianamente apropiado.

En lo que sigue, me interesará distinguir ambas visiones, para dejar en claro, sobre todo, qué tiene de diferente el igualitarismo en relación con el garantismo que conocemos.

Minimalismo penal. En primer lugar, señalaría que el igualitarismo resistiría al garantismo en una de sus propuestas más importantes –aquella, de hecho, con la cual tiende a ser contemporáneamente identificado– como lo es la del “minimalismo penal.” Al defender el “minimalismo,” Ferrajoli sostuvo, por caso, que a diferencia de lo que sugiere una primera opción –el utilitarismo tradicional– el “minimalismo”

parangona el fin (de la pena) con el mínimo sufrimiento necesario a infligirse a la minoría de los desviados. La primera versión relaciona el fin (únicamente) con los intereses de seguridad social, diferentes de aquellos que pertenecen a los sujetos a quienes les es aplicada la pena, y hace entonces imposible la comparación entre costos y beneficios. (El minimalismo) relaciona en cambio el fin (también) con los intereses de los mismos destinatarios de la pena –quienes en ausencia de ésta podrían sufrir mayores males extra-penales– y permite entonces la comparación entre ellos y los medios penales adoptados...es una doctrina de los

límites del derecho penal, del cual acepta su justificación, sólo si sus intervenciones se reducen al mínimo necesario. Resulta a todas luces evidente que si el fin es la máxima seguridad social alcanzable contra la repetición de futuros delitos, ella servirá para legitimar apriorísticamente los máximos medios. Así ocurre con las penas más severas, comprendida la pena de muerte; los procedimientos más antigarantistas, comprendidas la tortura y las medidas de policía más antiliberales e invasoras. Lógicamente entonces, el utilitarismo, entendido en este sentido, no garantiza en ningún modo contra el arbitrio potestativo. Al contrario, si el fin es el mínimo de sufrimiento necesario para la prevención de males futuros, estarán justificados únicamente los medios mínimos, es decir, el mínimo de las penas como también de las prohibiciones.¹

La justificación a la que apela Ferrajoli para apoyar el “minimalismo” –una justificación enormemente influyente en la doctrina- resulta particularmente problemática, como es problemático el fin al que se dirige el minimalismo. Su peculiar versión del garantismo utilitarista es difícil de aceptar, al apoyarse en principios discutibles, y a la vez en una base empírica muy poco sólida. En efecto, la idea que Ferrajoli sostiene es que la pena –aún en versiones mínimas- se justifica como forma de beneficiar a o ayudar al propio “destinatario de la pena” que –nos dice- en ausencia de la misma podría sufrir mayores males (podemos imaginar, ser objeto de un linchamiento; ser objeto de agresiones en la vía pública; ser objeto de la venganza privada; etc.). Se trata de una justificación en extremo disputable para un costo tan extraordinario como el que se acepta –el castigo, esto es, la “imposición deliberada de dolor,” a manos del Estado que monopoliza los medios de la fuerza legítima. Cuál es –más allá del prejuicio, el preconcepto, la presunción infundada- la base empírica para sostener que va convertirse en regla lo que reconocemos como excepciones extraordinarias (el linchamiento, etc.). Cómo puede asumirse que la respuesta habitual o normal de la sociedad, frente al criminal no castigado por el Estado, va a adquirir ribetes tan descomunales? Cómo, cuando la práctica parece desmentir lo dicho de modo rotundo? Pensemos, por tomar sólo un caso importante que nos resulta cercano, en el período de impunidad que fue propio de la vida política en la Argentina, años luego de la dictadura, cuando distintas formas de la amnistía permitieron la libertad y la no-punición de centenares de personal militar y civil comprometido con la grave y masiva violación de derechos humanos. Dicha resonante impunidad, frente a tales clamorosos crímenes, no fue de ningún modo seguida por las formas de la “venganza privada.” Cómo entonces asumir como dato de la realidad el presupuesto contrario (sin castigo, “el destinatario de la pena sufrirá males mayores”), sobre todo, cuando lo que está en juego es la posibilidad de que quede justificado el derecho del Estado a castigar y encerrar a alguien? Entiéndase lo señalado: no estoy dando aquí por probado que la “venganza privada” no existe, a partir de una referencia al (relevante) caso argentino. Más bien lo contrario: digo que no puede asumirse ligeramente, y sin un sólido basamento empírico, que la respuesta social tiende a ser la contraria (la venganza privada) cuando las evidencias están muy lejos de confirmarla. Es demasiado importante lo que se quiere hacer (justificar el castigo), como para “dar por buena” una afirmación empíricamente no comprobada, y llamada a hacer la mayor parte del trabajo justificatorio, en una empresa particularmente difícil (justificar el castigo estatal).²

De todos modos, no se trata sólo de que un medio fundamental escogido, para la justificación del castigo (aún en su versión “mínima”) parece inapropiado. Ocurre que –

¹[1] Luigi Ferrajoli (1995), “El derecho penal mínimo,” <http://ia600801.us.archive.org/18/items/Ferrajoli-1995-EIDerechoPenalMnimo/Ferrajoli-1995-EIDerechoPenalMnimo.pdf>

² Parte adicional de ese trabajo lo realiza otra justificación impropia, que aquí no voy a tomar en serio, como la que refiere a la necesidad de no deslegitimar por completo la propia tarea “minimizadora” o “anti-punitiva.” Esto es: se necesita penar un poco para poder seguir propiciando penas bajas.

otra vez- se busca fundamentar una práctica (la del castigo, aún en su versión moderada) que resulta muy contra-intuitiva, y en tensión con muchos de los principios fundamentales que el garantismo reivindica (respeto de libertades, cuidado de garantías, preocupación por los derechos individuales, atención especial a la suerte de los más desaventajados, etc.). En efecto, el castigo, entendido como la “aplicación deliberada del dolor” resulta una práctica extraordinariamente costosa, que pone en crisis principios fundamentales como los mencionados, y que por lo demás aparece asociada a una práctica que reconocemos como sistemáticamente aberrante.

Piénsese en el modo en que el propio garantismo ha descrito la pena. En distintas oportunidades, en distintos medios, y de modos diferentes, un autor garantista-minimalista como Raúl Zaffaroni, ha insistido en atacar y desacreditar la vida “real” y efectiva del castigo penal. Ha hablado de la pena como “carente de fundamento racional;” ha presentado a la pena como una práctica “en esencia, de la venganza;” ha hablado de la modalidad habitual y sistemática de la tortura y de los homicidios de estado cometidos en la cárcel, al amparo oficial; ha sostenido que los Estados modernos van llevando adelante una especie de “genocidio por goteo;” etc.³

Si, tal como pueden hacerlo autores garantistas de la talla de Ferrajoli o Zaffaroni, sabemos reconocer en la multifacética práctica del castigo a su rostro más brutal, irracional, despiadado o desmesurado -el temible rostro, con que los garantistas suelen describir al castigo “real”- luego, resulta sorprendente e incomprensible que pueda darse, en su apoyo, el paso justificativo que el “minimalismo” sin mayor cuidado acepta dar. En otros términos, resulta muy difícil justificar la aplicación del castigo, por lo que el mismo implica –comprometer al Estado con la aplicación deliberada de dolor- y a la luz de la descarnada, horrenda descripción que el garantismo sabe hacer del mismo. Ello, aún si hablamos de formas “mínimas” o “controladas” o “moderadas” del castigo. Luego de que lúcidamente- hemos podido describir al castigo como lo que suele ser –en la práctica, una forma de respuesta de rasgos similares a la “tortura”- la alternativa del castigo debiera quedar inhabilitada: si el castigo “real” es un símil de la “tortura”, luego, la única respuesta posible es el rechazo incondicional de (esa especie de) la tortura, y no la aceptación y justificación de la misma, “en dosis moderadas.”

El salto que el minimalismo ofrece en la teoría, para justificar el castigo, fundado de modo habitual en la necesidad de “resguardar” a los mismos que son castigados, es el que podemos verificar en la práctica que ha promovido el garantismo, cuando ha ocupado posiciones de poder. Una dramática ilustración de lo dicho es la que se advierte, por caso, en decisiones judiciales como “García Méndez”, en donde la Corte Argentina, liderada allí, teóricamente, por Raúl Zaffaroni, justificó la prisión de menores bajo una línea argumentativa puramente “ferrajoliana”: se justificaba el encierro porque fuera de la cárcel los “destinatarios de la pena” iban a ser objeto de formas de castigo mucho peores.⁴ Los menores, por tanto, podían agradecer su privación de libertad: era una privación de libertad destinada a beneficiarlos ya que –se asumía, sin ningún fundamento empírico cierto- que si quedaban en libertad, iban a resultar presa segura y fácil de las agencias policiales.

Contra dicha visión, y según entiendo, el igualitarismo propone adoptar una posición más consistente, entendiendo que lo que requiere una defensa adecuada de las libertades

³ <http://www.pensamientopenal.org/zaffaroni-la-pena-es-en-esencia-venganza/>

⁴ García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537 (2008).

personales es un compromiso “todo a lo largo” y sin fisuras de las garantías individuales. Tales garantías no merecen ser abandonadas, ni su respeto interrumpido, frente a vagas y generales demandas hechas en nombre del orden público; la necesidad de no generar escándalo; o hipotéticas reacciones institucionales desmedidas. Mucho menos corresponde limitar las garantías en nombre de los mismos que van a ser castigados: los más débiles necesitan siempre más, y no menos, garantías. Y si hipotéticamente resultara muy probable que “fuera de la cárcel”, los imputados del caso recibieran formas de castigo aún peores, lo que debe hacer el Estado y sus agentes es redoblar los cuidados sobre aquellos (“afuera”) en lugar de mantenerlos encerrados “en su propio beneficio.”

El liberalismo anti-estatal. Otro problema que puede apreciarse en el garantismo que conocemos –el garantismo realmente existente- encuentra su origen en la significativa base liberal del garantismo. Antes de detenernos en los problemas propios del liberalismo garantista, conviene hacer referencia en la importancia y sentido del mismo: se trata de un liberalismo interesante por demás comprensible, en particular a la luz de las formas brutales que durante siglos asumió la pena, y la discrecionalidad que parece propia del uso del poder punitivo del Estado. Tales injustificados extremos de la crueldad le dan un atractivo especial al liberalismo garantista, y sentido al fuerte sesgo anti-estatal que se encuentra en su raíz. El garantismo nació anti-estatista porque asumió y comprendió, con razón, el extraordinario riesgo que era propio del “Estado desatado,” el “Estado discrecional,” el Estado que ejercía su capacidad punitiva de los modos más arbitrarios. Oponiéndose al Estado-déspota, reclamando controles y respeto de las garantías fundamentales, el garantismo ofreció su mejor contribución en defensa de los derechos de los más desaventajados. Por eso mismo, podría decirse, por ese éxito en la defensa de los derechos de los débiles, es que tendió a hacerse carne en el garantismo el sesgo o la reacción anti-estatal.

En consonancia con aquellos auspiciosos comienzos, muchos garantistas de hoy asumen que lo mejor que puede hacerse en torno al poder punitivo es lo que supieron hacer sus antecesores –los “padres” del derecho penal garantista- esto es, resistirlo, impedirlo, ponerle fuertes límites. Como reflejo de esa historia, por ejemplo, muchos jueces penales ofrecen como respuesta punitiva la no-respuesta. Sabiendo, por caso, cuál es el destino seguro que va a deparársele a quien cometa una falta –el “infierno” de la cárcel “realmente existente”- ellos optan por explorar cualquier vericuetto penal legal y así evitarle a aquel la condena: la libertad; la no-acción; el no-castigo; el dejar de lado la punición penal, aparece(n) entonces como primera opción a explorar. Para estos activistas del garantismo, el respeto de las garantías requiere, en la medida de lo posible, abdicar del uso del poder punitivo estatal.

Para el igualitarismo, en cambio, dicha tendencia –derivada del comprensible sesgo anti-estatal y anti-punitivo del garantismo- resulta inaceptable, porque en una mayoría de los casos, el juez –aún, y sobre todo, el juez penal- debe optar por “hacer” –por actuar- y no por “no hacer” uso de las amplísimas facultades que tiene.

Permítanme hacer referencia a dos ejemplos –uno vinculado con el autogobierno colectivo, y otro vinculado con la autonomía individual- para ilustrar de qué modo aconsejaría actuar el igualitarismo, en estos casos –en contraposición con el garantismo. Pensemos, por un lado, en un caso de toma de tierras, como el que se dio en la Ciudad de Buenos Aires, en el 2010, en torno al Parque Indoamericano (ello, en el marco de una Ciudad ordenada legalmente a partir de una Constitución de fuerte contenido social, y

que considera a los derechos como “directamente operativos”). Distintos oficiales públicos reaccionaron frente a los graves conflictos entonces desatados –conflictos que incluyeron numerosas escenas de violencia grave- de modo muy diferente. Hagamos el ejercicio de imaginar diferentes respuestas posibles, muchas de ellas directamente relacionadas con respuestas que aparecieron en la realidad. Un juez penal tradicional podría, por ejemplo, concentrarse en los hechos de fuerza (la ocupación ilegal de tierras; el disparo de balas por parte de las fuerzas de seguridad) para detener, procesar y castigar a los culpables de tales hechos. Otro juez, de perfil más garantista, podría optar por no castigar a los que ocuparon tierras de modo ilegal, o a los que ejercieron violencia, tratando de evitar hasta el extremo el uso del poder coercitivo estatal. Otro más –al que llamaría igualitario- podría optar, en cambio, por citar a las partes involucradas, convocar a autoridades de la ciudad, a autoridades de la Nación, etc., y sentarlas en torno a una misma mesa para que ellas encuentren una salida al conflicto de tierras, respetuosa de los derechos de los involucrados.⁵ El punto es: un conflicto dramático, real, actual como el de la toma de tierras, es susceptible de respuestas por completo diversas. Las que urge tomar el igualitarismo no son las que habitualmente auspicia el liberalismo-garantista, probablemente en razón del sesgo anti-punitivista/anti-estatista de este último.

Pensemos ahora en otro caso: el caso del consumo personal de estupefacientes o sustancias ilegales. Otra vez, las respuestas que podría dar la justicia frente a las personas más afectadas por el consumo de sustancias ilegales (pensemos en sujetos que han quedado “dependientes” del consumo de tales productos), son muy diferentes. Algunos jueces penales tradicionales podrían optar, simplemente, por la sanción, invocando las normas o interpretaciones más restrictivas de nuestro ordenamiento legal. Otros, más garantistas, podrían optar por la des-incriminación y la plena libertad de los imputados, ordenando el “retiro” del impulso punitivo estatal: cada uno debe ser plenamente dueño de su vida –podrían proclamar. Finalmente, un juez igualitario, menos atraído por la versión anti-estatista propia del garantismo, podría explorar formas de “recuperación” de los consumidores, destinadas a facilitar que estos recobren su “independencia,” retomen el control sobre sus propias facultades, y recuperen lo que aparece como su pérdida o muy debilitada autonomía.

Individualismo. Otra cuestión que se deriva del (buen) liberalismo que anida detrás de las posiciones garantistas, es la relacionada con su “individualismo.” Por supuesto, en un sentido relevante, el individualismo tiene que ver con una aproximación necesaria de las ciencias sociales a las cuestiones humanas más relevantes: necesitamos que se preste atención a los problemas sociales que enfrentamos, tomando en cuenta el valor especial y único de cada individuo particular. Decir esto no quiere decir desconocer que actuamos en grupo, o que formamos parte de comunidades diversas. Lo que el liberalismo individualista enfatiza, con razón, es que cada persona cuenta: cada persona es merecedora de resguardos y garantías básicas, con independencia (y aun en contra) de las pretensiones del todo restante. Asumiendo, entonces, el valor general del individualismo, agregaría que el tipo de igualitarismo que defiende objeta al mismo en sus limitaciones, que se hacen visibles en la dificultad que muestra el individualismo garantista para reconocer y lidiar con el *carácter estructural* de ciertos problemas sociales

⁵Así, como lo hicieron los jueces de la Corte Sudafricana en casos como *Olivia Road*, en que pusieron en marcha lo que se llamó la doctrina del *meaningful engagement*, a través de la cual forzaron a las partes a buscar una salida negociada frente al conflicto surgido a partir del déficit habitacional y la ocupación ilegal de tierras. Ver: “Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v. City of Johannesburg and others” 2008 (3) SA 208 (CC).

fundamentales. Tales problemas estructurales –según diré- requieren de soluciones estructurales, mientras que las herramientas que nos ofrece el individualismo ante tales cuestiones, tienden a ser –de modo habitual- herramientas preparadas para resolver otros problemas, de carácter individual.

Retomando un ejemplo que ofrece Owen Fiss, en un lúcido artículo sobre “La dificultad del derecho penal,” haría referencia al caso de la brutalidad policial en contra de los grupos afroamericanos.⁶ Pensemos en la espiral de violencia que se desata, por ejemplo, luego de un acto de agresión grave contra algún oficial de policía (imaginemos que el oficial muere). En los Estados Unidos, una situación tan seria como la citada suele generar *razzias* en medio de barriadas pobres, ocupadas en su mayoría por afroamericanos; el registro violento del domicilio de tales familias, que resultan aterrorizadas por la invasión, a veces sin autorización judicial, de patrullas de policías blancos; el arresto indiscriminado de personas que pasan a ser sospechosas, meramente, por su color de piel; y luego el maltrato de los guardiacárceles contra los detenidos.

Contra la aproximación que puede ser habitual en el garantismo, frente a hechos semejantes, diría que en una situación como la descrita ocurren hechos ilegales e inaceptables, que largamente trascienden al hecho ilegal e inaceptable de –supongamos- el oficial X golpeando salvajemente a un inocente joven negro Y (y luego, el oficial X1 golpeando a Y1; etc.). Enfocar la atención sobre el oficial X (y X1, y X2, así) no nos ayuda a reconocer el carácter estructural del problema en juego –si no es que, directamente, nos distrae del mismo. La situación de tragedia ocurrida no resulta bien descrita cuando nos enfocamos en los individuos X1, X2, X3, y nos perdemos de vista el modo habitual en que una policía compuesta mayoritariamente por agentes blancos descarga sus prejuicios y su violencia sobre barriadas pobres compuestas mayoritariamente por negros.

El derecho penal (garantista) nos exige identificar apropiadamente a los oficiales que llevaron a cabo sus actos de violencia; probar de modo adecuado lo que han hecho; y recién después hacer responsables y castigar a los oficiales que han cometido faltas graves. Todo ello está bien, y es importante, con la salvedad de que, no sólo corremos el riesgo de perder de vista lo estructural, sino que además se trata de tareas muy difíciles de llevar a cabo: esas violencias (el agente X entrando en el domicilio de Y) ocurren muy comúnmente en la oscuridad y el secreto, lejos de los ojos de quienes nos permitan acreditar y probar lo acaecido. En el caso excepcional y extraordinario en que identificamos a alguien, probamos su crimen, lo hacemos responsable y lo condenamos por ello, tendemos a pensar que así contribuimos a resolver un problema (el oficial X1, tal vez, deja la fuerza policial), cuando –en verdad- enfrentamos una dificultad estructural que permanece tan intacta y vigente como siempre.

En todo lo descrito se advierte aquello a lo que Fiss denomina la “dificultad del derecho penal” para confrontar problemas estructurales vinculados con la violación de derechos humanos. Esos problemas serían –en sus términos- los siguientes: “Una (primera cuestión) surge a partir de la naturaleza cambiante de la realidad social, y la dificultad para adjudicar la responsabilidad individual que requiere el derecho penal. La otra se relaciona con la naturaleza difusa de los derechos, y la necesidad de embarcarnos en un proceso que nos permita volverlos más concretos. Otra razón contra la justicia penal

⁶ Incluido en Owen Fiss (2013), *Los mandatos de la justicia*, Barcelona: Marcial Pons.

radica en el hecho de que ella pone el foco de su atención en lo extraordinario, en lugar de ponerlo en lo ordinario y banal” (Fiss 2013, 97). Todo ello crea el riesgo de “malentendidos” preocupantes, porque sugiere que las violaciones de derechos “son personales” y los problemas referidos a los remedios, “sencillos”. Pensamos entonces que, porque castigamos penalmente a algunas personas, hacemos lo necesario para proteger derechos, mientras vamos dejando de lado u olvidando el carácter estructural del tipo de problemas que enfrentamos. Hablamos de problemas estructurales en cuanto se trata de, por ejemplo, las acciones habituales de una fuerza pública, y no de un oficial que se excede en sus respuestas; se trata de una comunidad racial, y no de un individuo negro inocente; se trata de una situación de pobreza que el Estado no atiende o promueve, y no de algunos marginados aislados u ocasionales.

Por todo ello, y desde una posición fuertemente igualitaria, Fiss propone la adopción de un enfoque estructural, y sugiere el empleo de remedios capaces de atender esas dificultades más apropiadamente. Fiss piensa, en particular, en herramientas como las de las *injunctions*. Se trata de órdenes judiciales (normalmente, surgidas en el marco de procedimientos civiles), destinadas a evitar la comisión de determinados actos ilegales. Aunque, en sus orígenes, esas órdenes venían a prohibir actos individuales futuros –por ejemplo, arrojar desechos a un río- a mediados del siglo xx, y en un período de intensos conflictos raciales, dichas órdenes empezaron a cambiar su carácter (ibid., 90). Ello así, hasta la consolidación de las *injunctions* u órdenes estructurales, a través de las cuales los jueces pudieron ayudar a la reconstrucción de organizaciones burocráticas ya existentes, y enfrentar problemas vinculados con una clase de sujetos (una clase convertida en subclase). Dichas órdenes pueden comenzar con mandatos genéricos destinados a reclamar la obediencia a la ley, por parte de determinadas autoridades; para virar luego a órdenes más concretas hacia el personal de supervisión –por ejemplo, mandatos para que presentaran planes de reorganización del departamento bajo su control; ellas pueden incluir más tarde prohibiciones (como la de buscar sospechosos a partir de pistas anónimas); hasta llegar a órdenes más invasivas, destinadas a la creación de un comité de revisión interno, y especificando qué pasos dar para lograr la reforma de la organización (ibid., 92).

Según Fiss, a diferencia de las respuestas penales tradicionales, estas herramientas –de perfil igualitario, colectivo, estructural- se caracterizan por estar orientadas hacia el futuro, antes que al pasado; por apuntar a cuestiones estructurales, antes que individuales; por resultar más flexibles, y así capaces de adaptarse a circunstancias cambiantes; y por ser más aptas para plasmar los ideales constitucionales, en lugar de estar concentradas, exclusivamente, en el cumplimiento de las garantías penales (ibid., 94).

Hostilidad a la democracia. El último punto al que quiero referirme es, tal vez, el más notable de todos. Se trata de un punto de ruptura crucial entre el garantismo y el igualitarismo. Me refiero a la cuestión democrática, que resulta central en el pensamiento igualitario que he descrito (pensamiento que, según vimos, tiene uno de sus pilares centrales en la defensa de una noción robusta de autogobierno colectivo). Hablar de autogobierno colectivo, aquí, nos refiere a la capacidad de una comunidad para tomar control sobre su propio destino, y ello requiere de posibilidades, motivaciones, y estructuras institucionales adecuadas.

El garantismo, de modo habitual, se ha mostrado hostil al ideario democrático. No se trata de un rechazo a la posibilidad de que la ciudadanía elija a sus gobernantes –una

posibilidad que, más o menos naturalmente, el garantismo favorece- sino de su indeclinable sesgo anti-mayoritario. Otra vez, el origen de un sesgo semejante puede basarse en razones comprensibles, como su preocupada atención por la suerte de los derechos individuales. Se trata, nuevamente, de la obsesión del garantismo por la preservación de los derechos de los más débiles. En tal sentido, ejemplos como los del nazismo y el fascismo han jugado y juegan un papel crucial en el imaginario garantista, y en su desconfianza al principio mayoritario. De hecho, las apelaciones a tales tragedias humanas se repiten en casi cada una de las crónicas que autores como Ferrajoli o Zaffaroni escriben en la materia, y permiten explicar la resistencia que muestran muchos garantistas a todo lo relacionado con la democracia.⁷ Sin embargo, otra cosa muy diferente es que ese tipo de resistencias se encuentren justificadas.

Las manifestaciones de la tensión de la que hablo entre garantismo y democracia son numerosas, y aparecen en niveles diversos, a los que quisiera referirme brevemente. Se advierte dicha tensión garantismo-democracia, por ejemplo, en

- i) El papel que juegan, dentro de la cosmovisión garantista, ideas como las de “esfera de lo indecible”; “coto vedado;” o el “territorio inviolable”, que quitan del espacio democrático mucho de lo más importante que cualquier comunidad de iguales podría –legítimamente- reclamarse con derecho a decidir (entre otras cuestiones, decidir sobre los límites, alcances y contenidos de los derechos).
- ii) La defensa de una noción extremadamente fuerte de los “derechos” (derivada de nociones como las mencionadas en i) a los que no se reconocen fundamentalmente ni como condición, ni como producto de la democracia, sino como barreras frente a la misma.
- iii) La defensa de formas robustas (antes que “débiles,” en el lenguaje de Mark Tushnet) de control judicial, que dejan a los jueces como últimos, sino únicos, intérpretes de la Constitución.⁸
- iv) La desconfianza frente a instituciones como los “jurados,” y otras prácticas que pretenden abrir espacios para la participación ciudadana en la toma de decisiones, relativas a conflictos sobre derechos (por ejemplo, apoyada en una concepción semejante, la Constitución argentina prohíbe las iniciativas populares en temas vinculados a la materia penal).⁹
- v) La asunción, empíricamente no respaldada, de que toda apertura de vínculos o “tendido de puentes” entre la decisión mayoritaria y el derecho penal culmina en una explosión de “neopunitivismo” o “populismo penal”.
- vi) La defensa de formas elitistas para la elaboración del derecho penal, basada en una desconfianza acerca de las capacidades teóricas y los principios valorativos abrazados comúnmente por las mayorías.

⁷ En términos de Zaffaroni, ““Hay que mantener la venganza encarrilada, que no se salga de madre, porque si se sale de curso, esa pulsión vindicativa crece y se va al genocidio”, reportaje que puede verse en <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-168604-2011-05-22.html>

⁸Ver, por ejemplo, Mark Tushnet (2009), *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton: Princeton University Press.

⁹Frente a intentos concretos de poner en práctica la institución del jurado, Zaffaroni sostuvo que debía entenderse como un “disparate”, capaz de dar lugar a “una demagogia vindicativa y a una corrupción terrible” que permitiría la victoria de “los ignorantes, solventados por intereses de los poderosos o vendidos a ellos” Ver, por ejemplo, <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-211819-2013-01-14.html> (consultado el 8 de junio del 2013). En otros trabajos, sin embargo, no niega la posibilidad del jurado. Ver, por ejemplo, Eugenio R. Zaffaroni, (1994), *Estructuras judiciales*, Buenos Aires: Ediar.

Sesgos anti-mayoritarios como los descriptos pueden encontrarse en decenas de opiniones dichas y textos escritos por autores garantistas. La idea que más me preocupa es la que puede resumirse en frases como la que sigue, que aparece en “Garantías y derecho penal,” de Ferrajoli. Dice Ferrajoli: “un derecho penal democrático ...se orientaría inevitablemente hacia formas de derecho penal máximo, o sea, máximamente represivo, carente de límites y de garantías”.¹⁰ Estas escuetas líneas resumen bien el problema que aquí impugno: el supuesto de que democracia y derecho penal deben ir por caminos separados; la infundada asunción conforme a la cual la participación democrática lleva *necesariamente* a la inflación penal y la represión; la idea de que la única barrera frente a dicha esperable barbarie está dada por las garantías penales (administradas por jueces distantes), etc.

En mi opinión, y contra dicha pintura, una postura igualitarista bien entendida defiende la democracia “todo a lo largo,” también en el área penal. Quiero decir, defiende la pertinencia de la democracia a la hora de pensar sobre la creación de la pena; el proceso penal; o la decisión penal. Para sostener este punto debo afirmar, antes que nada, lo que en el marco de este escrito no puedo detenerme a apoyar con detalle, esto es, que el igualitarismo tiene un vínculo fuerte con la democracia, pero no con cualquier noción de democracia. El igualitarismo entiende a la democracia como discusión inclusiva y entre iguales (en términos *habermasianos*, como “discusión entre todos los potencialmente afectados”).¹¹ Nociones de la democracia de este orden –que aquí apenas enuncio- no tienen nada que ver con expresiones a las que no corresponde llamar democráticas: una marcha de 10, 100, 1000, o 1000000 personas en la calle, no es lo mismo que “debate democrático;” como tampoco lo es una encuesta; como tampoco lo es “lo que dice el sentido común;” como tampoco es la invocación que pueda hacer un juez o un legislador en nombre del sentir popular; como tampoco es “democrática” la respuesta a una pregunta que no hemos podido cuestionar, o frente a la que no hemos podido debatir, o respecto de la cual no hemos distribuido la más básica y necesaria información, que nos permita ofrecer alguna opinión fundada.

Por lo dicho, cuando el igualitarismo pide discutir democráticamente sobre –pongamos- los contenidos del derecho penal, no está proponiendo “plebiscitar la pena de muerte”, ni aprobar artículos técnicos por *aclamación*, ni está diciendo que el derecho refleje lo que, en apariencia, expresó “el pueblo en la plaza.” El igualitarismo puede estar reclamando, en cambio, que sean objeto de un debate abierto e informado las políticas penales; o el programa de gobierno en materia de drogas; o la postura de los hospitales públicos en temas concernientes a cuestiones de salud reproductiva. Para el igualitarismo, en una sociedad de iguales, todos estamos capacitados, y todos tenemos el derecho de decir lo que pensamos sobre los temas que más nos importan: degradamos a la democracia si reservamos para la decisión colectiva las decisiones que menos nos importan, del mismo modo en que la honramos si permitimos que todos los involucrados tengamos una palabra respecto de los temas que más les angustian o afectan.

Cuestiones como las tributarias o penales (materias que, conforme anticipara, el art. 39 de la Constitución argentina excluye explícitamente de toda “iniciativa popular”) son las que más profunda, grave y decididamente pueden afectar nuestras vidas (y en particular, las vidas de ciertos *grupos*, tales como los que son habitual objeto de las políticas

¹⁰ Luigi Ferrajoli (2008), *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta.

¹¹ Jürgen Habermas (1996), *between Facts and Norms*, Cambridge: MIT Press.

persecutorias en materia penal). Resulta, por ello, particularmente ofensivo que, en democracia, los que más están abiertos a sufrir el impacto de ciertas decisiones, no tengan una palabra (sino una palabra de especial peso) en la decisión de aquellas políticas que los golpean más directamente.

Corresponde sostener lo mismo en materia de “creación de penas”, como en las áreas restantes de la esfera penal. El proceso penal, por caso, debe estar abierto a la consideración de voces y pensamientos diferentes: ocurre que muchas de las dificultades y conflictos que tratamos no enfrentan a “X contra Y”, sino que involucran a toda la comunidad, o a comunidades diversas. En línea con las propuestas de diversas formas de la *justicia restaurativa* y la *justicia comunitaria*, podríamos intentar, por caso, abrir al proceso penal a la participación de individuos y grupos que también resultan directamente impactados por el conflicto en juego. Lo dicho merece aplicarse, entonces, a la construcción de la decisión penal: hoy por hoy, la intervención de jurados, por ejemplo (jurados que en nuestro país existen sólo en un puñado de provincias), queda limitada a casos gravísimos, frente a los que el “ciudadano común” sólo puede responder con un sí o un no. Estas expresiones mínimas –que tanta importancia tienen, y que tanto han costado conseguir– representan, por serlo, sólo una versión muy limitada y degrada de lo que puede ser una “respuesta comunitaria” o colectiva frente a problemas que tienen raíces comunitarias o colectivas. El campo de discusión es enorme, pero aquí me conformo con dejar el tema planteado: un enfoque igualitario en materia penal necesita y debe ser, sobre todo, un enfoque genuinamente (antes que superficialmente) democrático.

En definitiva, entiendo que el igualitarismo es capaz de ofrecer un enfoque sobre el derecho penal tan protectorio de libertades fundamentales, como preocupado por la preservación de nuestras más básicas aspiraciones democráticas. En tal sentido, considero que cuenta con un enorme potencial para disputarle al garantismo el sitio de privilegio que hoy ocupa en nuestras discusiones sobre la cuestión penal.