

ExLibrisSección coordinada por *Pablo Sánchez-Ostiz***Recensiones:**

Recensión a Markus Dirk DUBBER, *The Dual Penal State. The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2018, 296 páginas, por Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO

Recensión a Erin I. KELLY, *The Limits of Blame. Rethinking Punishment and Responsibility*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2018, 229 páginas, por TOMÁS FERNÁNDEZ FIKS

Recensión a Cristina MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, *El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 150 páginas, por Francisco de Borja IRIARTE ÁNGEL

Recensión a Romina REKERS, *La democratización republicana del castigo. Más allá del populismo y el elitismo penal*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, 2020, 186 páginas, por Manuel Francisco SERRANO

-

Romina Rekers, La democratización republicana del castigo. Más allá del populismo y el elitismo penal, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, 2020, 186 páginas

Manuel Francisco Serrano
Universidad Nacional de San Luis – CONICET
manu.602@gmail.com

-

En la obra de Romina REKERS, tal como su título lo indica, se ofrece una propuesta que logra un equilibrio reflexivo entre el republicanismo penal y el populismo penal para abordar el problema de la determinación de las penas y así evitar hechos de –la mal llamada– “justicia por mano propia”, como los linchamientos.

La democratización republicana del castigo lejos se encuentra de ser un texto de dogmática jurídica –acudiendo al concepto acuñado por Carlos NINO. Por el contrario, constituye una obra de filosofía política en la que se vislumbra claramente la labor filosófica de alguien que conoce el derecho penal, no en cuanto disciplina o práctica sino en cuanto filósofa preocupada por la violencia proveniente de los delitos. La autora se hace cargo de un problema real y concreto de nuestra sociedad: la violencia producto de la delincuencia, y propone el marco teórico del neo republicanismo de Philip PETTIT para abordarlo y solucionarlo. La violencia que encara REKERS no se limita a la que sufren las víctimas de los delitos, sino también a la que recae sobre los victimarios que son linchados por víctimas o terceros, luego de cometer un delito. Estas características de su obra me permiten afirmar que no se trata de un trabajo de contemplación filosófica alejado de la realidad concreta en la que se escribe. Todo lo contrario se observa al leerla. Constantemente se abordan casos y problemas contemporáneos de la Argentina: desde la sanción de las llamadas Leyes Blumberg hasta el estallido de linchamientos y la presentación del anteproyecto de código penal argentino –ambos del año 2014– son abordados como claros ejemplos de prácticas alejadas a los estándares propios del neorepublicanismo. El objetivo que se propone la autora en este libro es la defensa de un mayor grado de participación de la comunidad en la determinación de las penas en abstracto. Más precisamente, REKERS defenderá la propuesta democrática, sobre todo de corte deliberativo, que pone el eje en la participación y deliberación de los ciudadanos en el ámbito público. Sin embargo, la democracia en este trabajo tiene una finalidad instrumental: promover la no dominación.

En la primera parte la autora propone una reconstrucción de la teoría neo republicana propuesta por BRAITHWAITE y PETTIT en *Non Just Desert: A Republican Theory of Criminal Justice*. Como es sabido, en esta obra ambos autores proponen una teoría republicana para pensar la justicia penal, donde la promoción de la libertad como no dominación constituye el objetivo que debe buscar el Estado en sus instituciones penales. Por otro lado, los autores se reconocen como democráticos deliberativos y contestatarios, de manera que el ideal republicano se logra no solo mediante la deliberación, sino garantizando mecanismos y oportunidades para que los ciudadanos controlen efectivamente las acciones estatales. En este sentido, el neorepublicanismo se presenta como una teoría consecuencialista, cuya finalidad es la de garantizar la libertad como no dominación. A lo largo del capítulo –y de todo el libro– REKERS ofrece un estudio meticuloso de la obra de

PETTIT, lo que le permite demostrar cómo el autor ha modificado algunos conceptos esenciales y cómo estas modificaciones impactan en la estructura de su teoría. Un claro ejemplo es el referido al concepto de libertad como no dominación: en un primer momento de su obra, PETTIT define a la dominación como la sujeción a un poder de interferencia arbitrario; mientras que en un momento posterior, la entenderá como la sujeción a un poder incontrolado.

Luego de enmarcar su propuesta en la teoría republicana, la autora ingresa de lleno al problema de la participación de la comunidad en la legislación penal. Aquí se encuentra claramente desarrollado el problema que le interesa resolver y que, en la literatura jurídica, se presenta como la discusión entre el populismo penal y el elitismo penal. El primero, asociado principalmente con una práctica política antes que a una postura teórica, privilegia las demandas populares de seguridad promoviendo una solución netamente punitiva, donde el aumento desmedido de penas y la limitación de beneficios procesales y de ejecución de la pena se presentan como políticas efectivas para lograr la disminución de delitos. El segundo, por contrario, busca aislar las decisiones de política criminal de la influencia popular, bajo el argumento de defender los derechos individuales que las masas buscan avasallar.

Teniendo en cuenta esta distinción, REKERS analiza a los diferentes autores que, compartiendo premisas republicanas, se preocupan por la justicia penal. En este sentido, va a distinguir dos grandes posturas: por un lado, el elitismo penal de BRAITHWAITE y PETTIT quienes entienden que la determinación de las penas debe quedar en manos de un consejo de política criminal, compuesto principalmente por especialistas en la temática, a fin de que no se dé lugar a la participación irracional de la masa de ciudadanos. Por otro lado, la autora nombra a teóricos republicanos/liberales como DUFF, MARTÍ y GARGARELLA quienes, aunque comparten su compromiso con el valor de la libertad política como no dominación, asignan a la participación ciudadana un lugar primordial en el ámbito penal. La cuestión central aquí radica en la función que se le da a la participación democrática en cada enfoque. Mientras que PETTIT le asigna un valor netamente instrumental para promover la libertad como no dominación; DUFF, MARTÍ y GARGARELLA parecerían –según la autora– promover la participación política como valor en sí, y no meramente instrumental.

A continuación, REKERS desarrolla su propuesta sobre la participación de la comunidad en la determinación de las penas. Al contrario que PETTIT, la autora privilegiará la participación de la comunidad, pero –a diferencia de MARTÍ, DUFF y GARGARELLA– lo hará por razones vinculadas a la promoción de la libertad como no dominación antes que en el autogobierno, entendido como participación activa de la ciudadanía. Para empezar, REKERS recupera las críticas que MARTÍ realiza a la propuesta del consejo de política criminal de PETTIT, centrando su análisis en la que plantea que los miembros del consejo pueden ser influenciados por grupos de poder, al igual que la ciudadanía. A su vez, REKERS remarca que una despolitización absoluta del consejo no es posible, ya que los técnicos responden a una determinada formación política y académica que influye en sus decisiones. Esto dificulta que representen las demandas e intereses de quienes no pertenecen a su clase, problema solucionable con la participación de la ciudadanía. En este sentido, MARTÍ remarca la falta de datos sobre las preferencias punitivas de la ciudadanía.

Para llevar a cabo esta tarea, REKERS ilustra la interferencia no controlada producto del delito mediante un ejemplo: un potencial asaltante (A) está dispuesto a interferir en las opciones de una potencial víctima (V) en un sistema penal que no protege de manera adecuada a los ciudadanos frente al delito. Como V sabe de la vigilancia de A, deja de ostentar objetos que

puedan ser interferidos por A. La vigilancia de quien ejerce un poder de interferencia no controlado por el sistema penal compromete por sí misma la libertad como no dominación de V. Un sistema de justicia republicano debe eliminar el poder incontrolado de interferencia que ejerce A, eliminando la opción de interferir y reemplazándola por una opción asociada a la penalidad. De esta manera, el sistema de justicia penal se presenta como una respuesta adecuada y legítima frente a los delitos.

Ahora bien, la autora afirma que esta respuesta icónica del neorepublicanismo no puede aplicarse sin más en sociedades que, como la argentina, están marcadas por altos niveles de pobreza y exclusión. En efecto, en estas sociedades ni la amenaza de castigo legal o ilegal (linchamientos o excesos de legítima defensa, entre otros) cambia la disposición de A de interferir a V. Esto se ve profundizado si, tal como lo afirma DUFF, la exclusión y la pobreza limitan las posibilidades de que los ciudadanos se sientan parte del sistema penal y, por lo tanto, sean disuadidos por sus normas. Con esto, surge una de las conclusiones más robustas de este trabajo: en contextos con desigualdades y exclusión, los sistemas penales tienen muy poca posibilidad de disminuir la interferencia de A. Solo las políticas destinadas a reducir la pobreza y la exclusión tienen la posibilidad de hacerlo. En otras palabras, REKERS expresamente reconoce que el sistema penal se encuentra profundamente limitado para solucionar los problemas vinculados a la dominación proveniente de interferencias arbitrarias de terceros (delincuencia) y que la solución de este problema requiere de políticas que ataquen la desigualdad. Al reconocer la desigualdad como causa de la delincuencia, lo que es necesario abordar –en primer lugar– es la desigualdad.

Esta limitación del sistema penal no significa que tenga un impacto nulo en la dominación. Sino que, por el contrario, afecta significativamente el aumento de dominación. Para ilustrarlo continúa con el ejemplo dado anteriormente: las demandas de mayor seguridad por parte de V, son captadas por políticos (E) que guiados por la lógica electoral aumentan las penas en abstracto, lo que produce un efecto negativo o nulo en la interferencia proveniente de A. Este proceso se reitera constantemente, llegando al mismo resultado negativo o nulo con respecto a la disminución de los delitos. Frente a esta falta de soluciones efectivas, el tipo de interferencia que suele adoptar V es violenta y colectiva, bajo la forma de linchamientos o excesos en la legítima defensa que cuentan con amplio apoyo popular. Sin embargo, este apoyo no puede ser interpretado como una inmoralidad colectiva. La autora propone una respuesta más compleja: estos responden a la empatía que genera V en dos sentidos: primero, porque el Estado no le garantiza a V protección frente a la interferencia arbitraria de terceros; segundo, porque V ha sido apartado de la determinación de las penas y sus sentimientos de resentimiento frente al delito son constantemente ignorados por la elite o manipulados por políticos populistas.

Con los linchamientos, la situación se vuelve paradójica: los sujetos que ocupaban el lugar de V ahora se ubican en A, y los sujetos que ocupaban el lugar de A ahora se ubican en V. Con fundamentos diferentes, se llega a la misma conclusión: hay pre condiciones para la responsabilidad que no se cumplen, el más importante es que el derecho penal no habla el mismo lenguaje normativo que sus destinatarios, lo que genera impedimentos para el juicio que bloquea la legitimidad para llamar a responder a los delincuentes por sus delitos. Teniendo presente esto, REKERS sostiene que, aunque A y V sean culpables y existan limitaciones para que respondan en un juicio, hay un tipo de exclusión por el cual el derecho penal puede ocuparse: promover la participación de V en la determinación de las penas. La exclusión de V no solo afecta a su libertad como no dominación, sino que impacta en la de A. De esta manera, la democratización del

derecho penal –para REKERS– es un *second best* en relación con las políticas de inclusión y eliminación de la pobreza.

Una de las características más sobresalientes de esta obra es que no se limita a proponer una tesis normativa acerca de la participación popular en la determinación de las penas, sino que desarrolla las estrategias que se deben seguir para lograr los cambios institucionales que permitan la promoción de la libertad como no dominación. Esta estrategia, en línea con PETTIT y BRAITHWAITE, es el incrementalismo. Este ordena que una vez implementada una reforma debe producirse información sobre su impacto a los fines de estabilizarla y promover nuevas reformas en un sentido similar. Como es altamente dependiente de los resultados de su implementación, requiere hacer algunas concesiones para ganar –a largo plazo– mayor libertad como no dominación. En este sentido, la autora afirma que aceptar la participación de la comunidad en la determinación de las penas implica reconocer que, en el corto plazo, se aumentarán los montos de las penas; mientras que solo a largo plazo se advertirá una disminución de las penas en concreto, producto de la aplicación del principio de parsimonia (que exige la eliminación de los límites mínimos) y del aumento de la participación de los jurados en los juicios.

La importancia de esta obra radica en los interrogantes que invita a realizar. Soy plenamente consciente que pueden surgir más puntos de diálogo. Sin embargo, me ceñiré a dos.

El primer punto que encuentro problemático en la obra de REKERS –también en PETTIT– es la afirmación de que el principio de parsimonia exige la eliminación de los límites mínimos a las escalas penales, de tal manera que cada tipo penal cuente únicamente con un límite de pena máximo. BRAITHWAITE y PETTIT caracterizan este principio como aquel por el cual la carga de la prueba ante cualquier intervención de la libertad debe recaer sobre quien la propone, mientras que su ausencia o eliminación no se debe justificar. De aquí que la parsimonia exige que no se establezcan penas mínimas porque el tribunal debe quedar en situación de poder decidir, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del delito y del delincuente, si la libertad se promueve de modo más eficaz actuando con clemencia. REKERS toma este principio de tal manera que se convierte en una de las premisas que sostienen las modificaciones institucionales necesarias para promover la libertad como no dominación. El problema principal de esta propuesta surge ante los delitos graves, en los que hay una exigencia por parte de la víctima y la comunidad en que se castigue efectivamente al delincuente y no se aplique una pena menor. Esto no significa satisfacer deseos de venganza, sino reconocer el valor de ciertos bienes jurídicos y el castigo mínimo que corresponde ante su violación. Los homicidios, abusos sexuales y delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones se presentan como un ejemplo típico de exigencia de pena significativa a fin de que el derecho continúe hablando el lenguaje normativo de la comunidad. De aquí que la propuesta se presenta problemática. En este sentido, el principio de parsimonia y la teoría republicana debería poder ofrecer alguna posible solución a este problema.

En segundo lugar, con respecto a las estrategias para lograr los cambios institucionales que exige la propuesta de la autora, un punto que resulta llamativo es el reconocimiento de que el neo republicanismo debe aceptar el aumento de penas en el corto plazo. En efecto, REKERS brinda una excelente defensa de la participación popular en la determinación de las penas de los códigos penales, una defensa que ataca directamente al elitismo penal y al populismo penal. Sin embargo, la autora plantea que la participación de la comunidad en la determinación de las penas requiere aceptar que estas se aumentarán en el corto plazo. Solo a largo plazo se advertirán los

efectos epistémicos, tanto de la deliberación y de la participación regida por el principio de parsimonia como del estrechamiento de la distancia de la práctica del castigo. Esto es así porque el aumento de la participación en los jurados permitiría que la aplicación de penas concretas no se vea afectada por el aumento de penas en abstracto. Si, además, se logra eliminar los mínimos, esto sería mucho más positivo.

Entiendo que esta postura puede ser interpretada de tres maneras diferentes. La primera es que la participación no implique una disminución de las penas en abstracto, sino el hecho de que los ciudadanos efectivamente formen parte de la comunidad penal y, por lo tanto, puedan ser llamados a responder si violentan sus normas. Si se interpreta de esta manera, entonces se cae en la postura de DUFF y los demás republicanos liberales democráticos como MARTÍ y GARGARELLA, donde el valor de la participación juega un rol protagónico o compartido con la dominación.

Otra interpretación más caritativa –en el sentido propuesto por Donald DAVIDSON– sería que para REKERS la participación popular no funciona por sí sola, sino que debe ser acompañada por una serie de políticas y reformas legislativas que promuevan la libertad como no dominación. Doy por hecho que esto es lo que piensa la autora desde el momento en que afirma que su propuesta forma parte de una teoría integral republicana que abarca diversos subsistemas. Sin embargo, aún esta interpretación puede llevar a pensar que, al fin y al cabo, es más importante eliminar las penas mínimas y promover la participación de los jurados populares en los procesos penales que la participación popular en la determinación de las penas. En efecto, una de las características de los jurados es la deliberación para alcanzar un resultado reflexivo –de ahí la exigencia de unanimidad. Si a esto se le suma solo un límite máximo de pena, tranquilamente podría suceder que los jurados no vean modificadas las penas que aplican aunque aumenten los límites máximos.

La tercera posibilidad es interpretar que el aumento de penas a corto plazo demuestre un impacto nulo o negativo en la cantidad de delitos que se cometen, de esta forma, el incrementalismo obligaría a demostrar esto para posteriormente disminuir las penas hasta el límite en que su disminución pueda significar un aumento de delitos. Esta interpretación genera una dificultad práctica en el sentido de que conocemos que los aumentos de penas no impactan positivamente en los índices de delitos y, sin embargo, continuamos aumentando las penas y rara vez las disminuimos.

Estas dos observaciones no pretenden ser concluyentes o buscar derribar la tesis de REKERS. Por el contrario, más que críticas a su trabajo, vislumbran interrogantes propios de la filosofía del castigo, la justicia penal y las políticas penales en nuestras sociedades. La participación política en materia penal, lejos de ser un problema resuelto, pero no cabe duda que el aporte de REKERS es fundamental para continuar pensando.