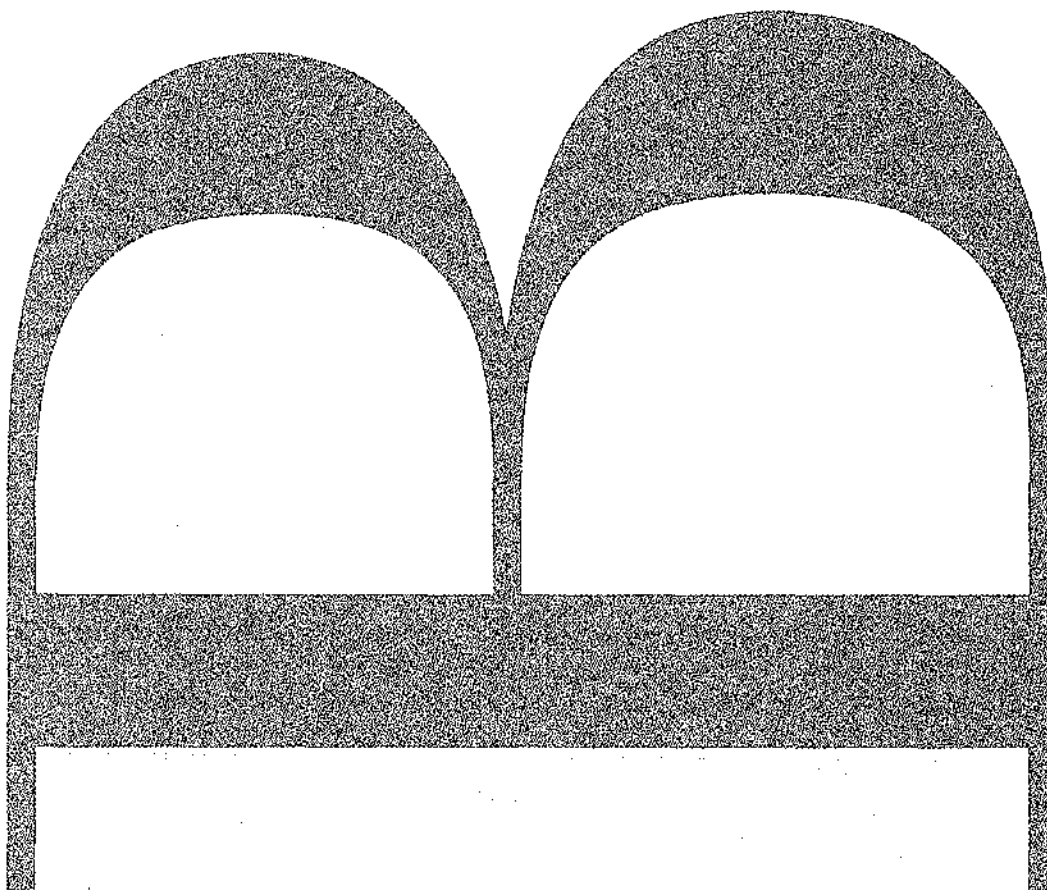


Alessandro Baratta en la Universidad Diego Portales

Entrevista de María Angélica Jiménez y Nicolás Espejo





En el marco de su visita como profesor del Post-Título sobre Justicia, Derecho y Políticas Públicas para la Infancia y la Adolescencia y con el objeto de dictar el curso denominado «Estado Plural y Ciudadanía. Hacia un Derecho Penal de la Constitución», el Director del Instituto de Filosofía y Sociología Jurídica de la Universidad de Suarlandes, profesor Alessandro Baratta, conversó con «Apuntes de Derecho» sobre temas de vital importancia para la dogmática jurídica contemporánea. Autor de publicaciones como «Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal», «Por una Teoría Materialista de la Criminalidad y del Control Social» «Principios del Derecho Penal Mínimo. Para una Teoría de los Derechos Humanos como Objeto y Límite de la Ley Penal» y «Niñez y Democracia», el profesor Baratta explora en esta entrevista la problemática de la modernidad y la exclusión de las minorías, las premisas básicas del garantismo en el derecho interno y en el derecho internacional, los problemas y desafíos de los Derechos del Niño, las relaciones entre Ciudadanía y Niñez y el Eficientismo Jurídico.

Usted ha desarrollado una particular perspectiva referida al concepto de «Estado Mestizo», vinculando lo anterior al concepto de «Ciudadanía». ¿De que trata esta relación esencial?

Es una metáfora que de cualquier manera proviene de las posiciones que tienen validez en los filósofos de la política francesa que hablan de "Mestizaje", aludiendo a una sociedad que en lugar de encerrarse en una unidad económica se abre, busca su riqueza en lo que se llama "mestizaje", la práctica del estado mestizo.

Por eso digo, utilicé esta metáfora para indicar lo siguiente: considero que el pacto social de la modernidad, del cual surge el estado moderno, no fue propiamente un pacto de inclusión de todos los sujetos, sino un pacto de exclusión de los sujetos diferentes por parte de los sujetos "iguales" que tenían el poder en la formación del pacto, es decir, un pacto de hombres adultos, blancos y propietarios, para excluir mujeres, niños, etnias no blancas y desposeídos. Teóricamente están incluidos en el concepto muy general y formal de igualdad, pero prácticamente no ejercitaron la ciudadanía y todos estos grupos tuvieron que luchar por el efectivo ejercicio de la ciudadanía.

Yo pienso que esto puede ser peligroso para los que ejercitan la hegemonía en el pacto social moderno. En el Estado moderno se convierte en una fuente de riqueza, en una oportunidad de llevar a cabo un estado que permita efectivamente a todos los grupos participar en el proyecto del estado como por ejemplo a todos los grupos etarios, de etnias y de todos los actores del proceso productivo. Así, yo hablo del estado mestizo en el sentido de rescatar estas, que yo indico siempre como una metáfora, "distintas ciudadanías", para que no solamente, como poco a poco se ha producido, se les respeten sus derechos, sino que también participen como una ciudadanía activa en el proyecto de este estado, el que se enriquece de todas estas distintas visiones del mundo, de los conflictos, aportados por ejemplo por las mujeres de otras etnias, por mujeres de todas las capas sociales y sobre todo, ahora en mis últimas reflexiones del tema, las ciudadanías, en otra formulación que yo también utilizo a menudo, se encuentran muy poco disfrutadas respecto a lo que pudiera ser un proyecto de un estado más rico, un estado de ciudadanía plural.

Falta seguramente el ejercicio activo de una ciudadanía por parte de los niños, los que también en las concepciones corrientes de la democracia, están excluidos de ella. Ellos lograron los derechos civiles y de libertad, los derechos sociales, económicos y culturales, lograron asegurar sus derechos

procesales fundamentales, pero se les considera como excluidos del ejercicio activo de la democracia, de la participación en las decisiones y el gobierno, de la cosa pública, ello por ser inmaduros. Yo pienso que esto no es así, los niños tienen derecho a ejercer su ciudadanía y a participar por tanto en el estado; derecho que está ampliamente consagrado en la Convención de 1989, en la cual hay una oportunidad formidable de los adultos, que no tienen que perder la riqueza de esta ciudadanía, en el sentido de entender el principio formulado en el artículo 12 de la Convención, del modo más amplio de lo que se haya hecho hasta ahora, es decir, de entenderlo como un derecho universal de los niños de ser escuchados y de un deber de los adultos de escuchar lo que ellos dicen, a fin de que rescaten todas las potencialidades hasta ahora no disfrutadas, de aprender de los niños cosas que, yo pienso, son importantes para el cambio de la cultura del derecho y sobre todo el desarrollo del estado mestizo.

Estas carencias que usted señala ¿Son promesas incumplidas del Modernidad que se pueden cumplir dentro de ella o que denotan una carencia más de fondo o conceptual de la modernidad?

Denotan una carencia de fondo, no son promesas incumplidas. Incumplidas son las promesas que se refieren quizás a los otros sujetos. La discriminación de los niños con respecto a la ciudadanía, es una discriminación programada, que está en la base de la concepción misma del pacto social de la modernidad. Sus antecedentes son las teorías del derecho natural, donde se puede encontrar constantemente una decisión entre seres racionales y seres irracionales. Los seres racionales son los adultos, o sea, que cuando hablaban de adultos, hablaban de varones y no de mujeres, pero los adultos tenían poca iniciativa de incluir a los 2 géneros y a todas las capas sociales. Pero ciertamente esta posición ya ni siquiera como tal está presente respecto de los niños, porque los niños al igual que los animales eran considerados seres no racionales. Entonces el principio de la subjetividad del derecho, que supone la teoría del derecho natural, establece la completa irracionalidad del niño, entrando en esos términos en el pacto social de la modernidad. En las constituciones modernas se considera al niño como un sujeto débil, inmaduro y frágil, al que se le tiene que proteger; y efectivamente se le han extendido sus derechos de protección y de prestación. Pero yo encuentro que desde el comienzo del pacto social moderno y hasta las últimas versiones de la teoría de la democracia, el niño no es incluido. Y esto efectivamente

no es el incumplimiento de una promesa de la modernidad, por eso yo hablo de una reconversión del pacto social con una ciudadanía plural que incluya al niño con plena ciudadanía y de una democracia inclusiva, que incluya y no excluya al niño con su capacidad de aportar, con su gran sabiduría, en el contexto de las decisiones que los adultos toman en un estado moderno.

En este sentido ¿Cuáles serían a su juicio las premisas básicas para que los derechos fundamentales tuvieran eficacia en el sistema jurídico nacional e internacional?

La relación entre premisas y ejercicio de los derechos fundamentales es una relación circular, no se puede esperar que se realicen las premisas para comenzar a ejercer los derechos fundamentales. Siempre hay un momento en el desarrollo de los derechos fundamentales y humanos que precede a su formulación, donde los portadores de necesidades logran imponer la formulación de sus necesidades como derechos en un momento de lucha por la igualdad, por el reconocimiento de sus necesidades y hay también un contexto general de cambio social. Entonces, una vez formulados los derechos fundamentales y humanos, el mismo ejercicio activo de estos, la práctica, influye sobre las condiciones estructurales para su ejercicio.

Por otro lado, hay una serie de límites que se ponen al ejercicio de los derechos, por ejemplo: los derechos de prestación, económicos y sociales, que no están al alcance directo de la lucha de los grupos mismos, implica un cambio de las estructuras de la distribución de la riqueza, es decir, hoy en particular, la premisa para el ejercicio de los derechos humanos es el control de la economía internacional globalizada, para llevar a cabo otra manera de globalización que no sea la actual, donde el conocimiento de la riqueza, distinta al crecimiento económico, no favorece el crecimiento humano en el sentido de las definiciones del tipo de trabajo que dependen de la propia persona.

Si esta es una premisa material, espiritual del ejercicio de los derechos fundamentales, que nada más ni nada menos, es la transcripción jurídica de las necesidades y potencialidades del desarrollo humano, eso no significa que la lucha por los derechos humanos sea una lucha distinta de la que se da para cambiar la estructura económica productiva y de distribución de la riqueza, ya que las dos cosas son las dos caras de una misma moneda. Es decir, empujando los derechos humanos hasta el límite que marca la distinción entre la formulación

retórica de ellos y la práctica de ellos necesariamente se va a tocar la estructura productiva.

Las pautas para llegar hasta ahí, yo pienso, tienen su punto de partida en lo local; se puede reconstituir a través de la extensión de espacios públicos una ciudadanía activa, que de lo local influya sobre lo central a nivel nacional, de lo central sobre lo regional a nivel de las grandes áreas de las organizaciones de los estados: Mercosur, Unión Europea, hasta condicionar un proceso de crecimiento y extensión de la democracia en el ordenamiento internacional.

Yo pienso que ahí, las variables últimas del ejercicio concreto de los derechos humanos en los estados, en las comunidades y en el mundo, están por lo menos en un 50% en el manejo



anárquico y destructivo de la economía internacional; de ahí surge el mandato que les compete a las organizaciones internacionales, a la organización jurídica y a la sociedad civil internacional de darse un reglamento que permita reconstruir un orden jurídico justo. Estamos respecto del ordenamiento internacional en una misma situación en la cual Hobbes veía a los individuos y a los grupos en la vida cotidiana y recíproca en el estado de naturaleza.

A veces pienso que la enseñanza de Kant hasta Bobbio nos pueden orientar para empujar esta necesidad de una sociedad cosmopolita ordenada que permita finalmente reunir el desarrollo económico con el desarrollo humano.

Ya que entramos en el ámbito internacional ¿Vislumbra alguna potencialidad real, implícita o explícita, de la Convención sobre los Derechos del Niño y cuáles cree que son las limitaciones que presenta la misma a un nivel práctico?

Comenzando por las limitaciones, yo veo que la Convención no considera estas variables económicas del ordenamiento

internacional, del desarrollo de la riqueza, como variables de las cuales dependen las políticas públicas que imponen a los estados, incluso de las cuales dependen no sólo estas políticas públicas sino la vida cotidiana de millones de niños. Primero es esto, el límite de incidencia sobre las variables estructurales de vigencia. Puede ser que la Convención no tenía esta tarea, pero yo pienso que es necesario que todo gran instrumento que representa un progreso en la estructura normativa de los derechos, tendría que tener en cuenta las estructuras materiales y la importancia de influir a través del ordenamiento jurídico internacional para la provisión de estas condiciones.

Yo pienso que la Convención ha llevado a cabo una visión nueva de la condición del niño en el derecho, nunca había existido un tan rico y detallado catálogo de sus derechos, y sobre todo esta consagración a través de la Convención y reenvía a través del artículo 41 a todos los demás documentos internacionales y normas nacionales que podrían ser, si acaso, más ventajosas para el niño, suponiendo que se les aplique al niño en su relación concreta la normativa más favorable, sea la de la Convención, sea la ya existente en los estados miembros o el de otros documentos internacionales. Así que, se cumple de esta manera la explicitación que había faltado hasta ahora de que el niño no solamente es destinatario de normas o declaraciones, que se dirigen directamente a sus necesidades y a sus derechos, sino que, como todos los otros seres humanos y, quizás aún más que los demás es destinatario de cada norma que consagra derechos humanos.

El punto, en mi opinión, medular de la Convención que permite desarrollar una visión nueva de la ciudadanía del niño, que es una visión en que el niño no solamente está protegido como un sujeto de derecho civiles y socioeconómicos, sino que participa activamente con su ciudadanía al proyecto de la sociedad en que está inserto, se contiene en el artículo 12. Normalmente se ha protagonizado en el análisis de la Convención el artículo 3 relativo al interés superior del niño. Yo he tratado, en una tentativa de una exégesis sistemática y dinámica de la Convención, de dar la vuelta a esta jerarquía y ver que el eje de la Convención está en el artículo 12, donde se consagra el derecho del niño a ser escuchado y el deber de los adultos a escucharlo y aprender de él. Esto fue el resultado de una operación de hermenéutica que respeta la letra y desarrolla plenamente el espíritu de la norma, en cuanto a que he tratado de considerar como universal el abanico de los asuntos por los cuales rige este derecho del niño ha ser escuchado y el deber de los adultos a escucharlo, es decir, no solamente superando



los límites aparentes en la letra de la norma que se refieren a los asuntos que los afectan. Sin manipular la letra de la norma, yo simplemente reflexiono sobre el hecho de que no hay asuntos que afectan al niño, directa o indirectamente, y entonces su derecho a ser escuchado va más allá de la esfera inmediata de sus intereses, los intereses del niño interesan a una sociedad justa, que permite el desarrollo humano no solamente en el interés de una esfera particular, y esto permite también contra balancear 2 límites que están en la forma en la cual muy largamente se entiende el artículo 3:

1.- Universalizando el abanico de los asuntos donde el interés superior del niño tiene que ser considerado y como en el artículo 12 no hay asuntos que no impliquen directa o indirectamente la consideración del interés superior del niño; no hay decisiones que no los atañen: declarar o no una guerra atañe a los intereses del niño, también desarrollar un programa en cierto sector de la industria que le interesa. Yo pienso que si vamos a hacer un catálogo hipotético de todos los asuntos y concretamente proyectamos hacia ellos los intereses directos o indirectos del niño, esta universalización del interés del niño, por la cual regiría el derecho a ser escuchado y la consideración de su interés superior, sería evidente.

2.- El segundo límite puede separar, con una visión basada en el artículo 12, la manera paternalista, discrecional, con lo cual se pretende administrar la cláusula del interés superior del niño, incluso limitar la vigencia del principio del artículo 12 con respecto a la manera en la cual los adultos estarían autorizados a interpretar autoritariamente mejor el interés superior del niño; así, el interés nacional o las necesidades de la salud física y moral del niño, todas estas cláusulas más allá del interés superior del niño, permitirían un manejo paternalista que no garantiza que los adultos tomen las decisiones más conforme a las reales necesidades del niño.

Pienso que interpretando a la luz del principio fundamental a ser escuchado y del deber de aprender, se podría introducir un criterio que limite esta discrecionalidad del adulto, como si él tuviera la plena disponibilidad de decidir cuales son las necesidades de un niño. Esto corresponde a un cambio fundamental del paradigma en el planteamiento de las relaciones adulto-niño, que para mí es el eje o uno de los ejes fundamentales de esta visión del Estado mestizo, en donde el niño efectivamente se introduce como un eje del proceso de decisión y no como un objeto sobre el cual tomar decisiones.

Por supuesto la otra manera de solucionar los límites, puede ser representado por una visión tradicional del artículo

3, cual es, considerar el interés superior en el sentido de la prioridad del interés en el abanico de criterios para tomar decisiones, el interés superior del niño podría representar una norma de prioridad para el mismo, cuando las distintas decisiones pudieran en lugar de esa posición privilegiar otros intereses. Pero pienso que esto es solamente una parte de lo que se puede realizar para dar vigencia al interés superior del niño en la manera que este más conforme a la ciudadanía plena del niño.

Si es que el eje de los derechos del niño esta dado precisamente por esa norma, que al parecer podría consistir quizás en un principio de interpretación de los mismos, ¿De qué manera esto influye en las relaciones entre niñez, ciudadanía, y sistema democrático?

Democracia, en primer lugar, tiene 2 grandes dimensiones:

Representación y Participación

La representación no es limitada al mandato electoral, yo pienso, que se puede ampliar el concepto de representación de intereses más allá del mandato electoral, por ejemplo: mi opinión de la universidad como esfera pública, de producción de saber también si es una universidad privada, tiene una función de representación de las necesidades de la ciudadanía. Con esta concepción amplia de la representación, se puede pensar que cuando los adultos toman decisiones por el niño o que interesan al niño, están efectuando una representación de estas necesidades. Entonces en mi teoría, la legitimación del ejercicio de esta representación, esta dada por un mandato comunicativo, en relación a lo que debemos entender por mandato electoral: los que representan tienen que escuchar a los representados, de los cuales sus necesidades se hacen cargo. Esto por lo que se refiere a la dimensión representativa de la democracia.

Más amplia es la perspectiva cuando pasamos a la participación. Yo creo que el principio democrático, como un principio general de las instituciones y de los Estados de derecho a proporcionado al concepto de derecho político y de la participación un contenido extremadamente amplio y que va mucho más allá de los derechos políticos clásicos, y pasa sobre todo sobre los derechos de participación. La participación en todas las esferas de la democracia, que yo considero esferas plurales que se diferencian alrededor de una gran decisión: democracia social y política, sociedad civil y Estado. Entonces en esta situación, que desde la familia, la escuela y toda la comunidad, incluyendo al niño, yo pienso que un

examen sistemático de la convención ofrece argumentos para considerar que el niño tiene, no menos que los adultos, una serie de derechos que son fundamentales para el ejercicio de la democracia activa, es decir, en el sentido de la participación en el gobierno, en las esferas públicas y privadas. Esto se puede averiguar, en primer lugar, considerando las normas que llenan de un contenido el apartado primero del artículo 12. El apartado primero del artículo 12 habla de la capacidad del niño de hacerse un juicio propio, no como un derecho de hacerse, sino como de una condición para el ejercicio del derecho a ser escuchado. Esto es verdad, pero el canon principal de la interpretación jurídica es el de la interpretación sistemática, y efectivamente hay una serie de artículos que impugnan al Estado la obligación de proporcionar al niño las condiciones para hacerse este juicio propio; entonces, hacerse un juicio propio no es solamente una condición sino un derecho del niño.

Hay derechos fundamentales formulados bajo el rótulo de derechos comunicativos de libertad, es decir, derecho de tener acceso a los medios de comunicación, de información, de desarrollar la estructura comunicativa y su papel propio; todo esto está expresamente garantizado en la convención.

Entonces, primero el niño tiene toda una serie de prerrogativas, que son las previas y fundamentales para el ejercicio inmediato de la participación, es decir, que si él tiene el derecho de formarse un juicio propio, entonces el Estado, la comunidad, tienen el deber de proporcionar esta posibilidad. Esto se transfiere en el hecho de que la libertad de comunicación, de hacerse un juicio propio, de expresarse, por como se consagra en el artículo 12, no es como la libertad privada, no se entiende como un uso privado de la libertad sino como un uso público, que yo aplico en la formulación que Kant hizo en su artículo que se intitula "respuesta a la demanda del uso de la razón", cuando estima conveniente distinguir entre el uso público y el uso privado de la razón; lo mismo yo pienso se puede y se debe decir de la libertad, pero también del juicio que el niño se forma, no se trata simplemente de garantizarle un uso privado a su esfera infantil de hacerse un juicio y expresarlo. Esta libertad tiene una vertiente pública, cual es, rescatar esta función pública de la libertad del niño de hacerse un juicio y expresarlo, expresada a través de la formula del derecho a ser escuchado y del deber de aprender del niño, a hacerlo participar concretamente en la vida cotidiana, desde la familia a la escuela, y en todas las comunidades en las cuales el niño juega un papel, es decir, hacerlo participar como un ciudadano activo y no simplemente como objeto de decisiones en su interés.

Esto es por supuesto el eje central de una revolución cultural, es sagrado llamarlo así, que puede cambiar completamente los ámbitos mentales de los padres con respecto de los niños, incluso de los niños pequeños. Se trata de respetar al niño pequeño y su capacidad de orientación en la vida vegetativa y emotiva muy manipulada y muy mal administrada por los padres, los que se la quitan; por tanto, hay que dejarles este espacio de autoorientación, permitiéndoles ser todo lo que puede ser este niño cuya inmadurez está evaluada en una era extremadamente sagrada. Yo pienso que en esta exageración de la pretendida inmadurez de los niños se expresa, en toda su dramática complicidad, la extrema inmadurez de los adultos. Se debe rescatar y reconocer desde las primeras fases de la vida del niño esta capacidad de orientación, que va más allá de la capacidad de hacerse un juicio, de mandar a un nivel intelectual, discursivo sin relación con el mundo. El primer eje de esta revolución cultural consiste en respetar la capacidad del niño para incidir como adulto en el proceso democrático.

¿Cuál es su postura frente al «eficientismo» que parecen inspirar las reformas judiciales actuales? ¿Le parece fundado el ánimo generalizado en los cambios estructurales que ellas pretenden imponer?

El efficientismo no atañe solamente a las reformas judiciales, si no entiende "judicial" en el sentido más amplio de procesal, e incluso el efficientismo va más allá de lo judicial y de lo procesal y ha incidido fuertemente en cambios y en nuevas leyes en la esfera del derecho penal sustancial. No se puede aislar lo que se entiende por efficientismo al aspecto legal o judicial, esta es la premisa.

Se habla de efficientismo como algo nuevo, yo lo veo nada más que como una forma, una fenomenología, una sintomatología nueva de lo que siempre ha sido el defecto de la justicia penal, es decir, una justicia penal de emergencia, una respuesta puntual a percepciones de conflictos y de problemas que inciden en la vida de una nación, que están colocados en una clave, en un código de representación que privilegia el aspecto crimen y el aspecto pena como respuesta. Veo al efficientismo como una salida a la tarea de construir percepciones completas de los problemas que van desde de la criminalidad callejera hasta la corrupción administrativa, de los daños ecológicos hasta los problemas de drogas.

El efficientismo no se podría entender si no hubiera este énfasis sobre el código criminológico sobre todos los problemas, entonces la gente efectivamente demanda una solución del problema, pero esta demanda por la solución de problemas se

da más fuertemente en el canal penal de representación. Es decir, el efficientismo se basa sobre una superposición del concepto de crimen y de respuesta penal a todos los problemas y a todos los conflictos, hay una criminalización de los conflictos, una tecnificación de los conflictos y un código unilateral de crimen y pena. Esto permite entonces, pretender lograr eficiencia a través del manejo punitivo, planteando reformas que multiplican, hacen más rápida y más inmediata la respuesta judicial, llegando incluso hasta la negociación de la culpabilidad, la negociación de la verdad procesal, toda una serie de nuevas herramientas y de nuevas figuras delictivas, con lo cual se pretende lograr eficiencia en el manejo penal de problemas y conflictos. Esto incluso a costa de las garantías propias del derecho liberal que esta consagrada en las constituciones de los estados de derecho y en las normas convencionales. Yo lo he llamado, aplicando las teorías de los sistemas sociales, como la teoría sistémica, como la "respuesta a la desilusión". Desilusión provocada por lo ineficiente que es la respuesta punitiva, no se soluciona el problema de la droga dependencia a través de la respuesta punitiva que estaba hasta

ayer, esto porque se ha dado una dosis de punición que ha sido insuficiente para que la medicina pudiera producir sus efectos. El círculo vicioso consiste, siempre aplicando la teoría de Lhuman, en que en lugar de una respuesta cognitiva, que debiera aprender de la desilusión, se da una respuesta normativa, la cual implica que no quiero aprender de la desilusión, y como no quiero aprender de ella, insisto en que la "medicina" es la buena, medicina representada por la pena, entonces la hago más severa pasando por alto todos los límites constitucionales del sistema punitivo, y después se produce una nueva desilusión y una nueva respuesta normativa, transformando en una espiral que nunca termina y que lamentablemente tiene respaldo en una demanda de pena existente en la sociedad, de la cual los políticos hacen negocio electoral, así hablan de respuesta punitiva simbólica, de legislación ejemplarizadora, todo esto dentro del espectáculo de la política, en el cual los ciudadanos no son actores sino espectadores, portadores de decisiones no reflexionadas dentro de un contexto de comunicación política de base. Entonces en este teatro, donde los políticos son los que dominan la escena, el público es simplemente espectador, encontrando entonces la respuesta punitiva una demanda

distorsionada, ya que al estar distorsionada la percepción criminológica de los problemas se distorsiona la demanda.

En realidad todos los problemas de los cuales dependen las violaciones a los derechos de los ciudadanos, son problemas complejos donde el componente criminológico a veces, puede ser un problema secundario para afrontarlos, doy un ejemplo: la ecología, la cual es tratada cotidianamente en la prensa de Santiago, es un problema donde la construcción criminológica de la respuesta penal no puede hacer nada, se trata de un problema estructural que atañe:

a.- Las modalidades administrativas transmitidas de producción.

b.- La capacidad de todos los que tienen interés, de toda la ciudadanía que tiene interés en un medio ambiente sano, de incidir en las decisiones administrativas de las cuales dependen el nivel de producción.

Después de esto cuando las decisiones son tomadas e interviene el derecho penal de manera accesoria para criminalizar algo, esto no incide de manera relevante sobre el problema, porque el problema es lo que se admite que se puede hacer: cuanta contaminación se admite al medio ambiente y quien tiene la competencia de tomar esas

decisiones. En Europa hablamos de una transferencia fuera del parlamento de esas decisiones, a causa de la fuerte incidencia del "nowhow" tecnológico, en manos de los mismos grupos interesados en producir plusvalía a costa de la contaminación.

Entonces, hacer una síntesis del carácter distorsionado de la visión de los problemas, concretamente, independiente de las necesidades de la gente, de problemas reales como esto, como aquel de la violencia callejera se hayan resuelto, entonces yo pienso que la respuesta a esta forma degenerativa del desarrollo de los sistemas punitivos, sea inserta la respuesta punitiva dentro de la arquitectura general de la constitución que impone la defensa de un abanico muy amplio de derechos, de intereses de ciudadanos y averiguar las áreas distintas donde estos intereses pueden ser tocados, puestos en riesgo, cuales son las respuestas a dar para controlarlo, un manejo multiagencial y multidisciplinario restituyendo a la construcción criminológica de la respuesta penal su carácter fragmentario dentro de una estrategia general e integral de protección de los derechos, o sea, dentro de una estrategia de protección de los derechos, dando cabida a la justicia punitiva pero dentro de las reglas de la constitución, en los límites en el cual el derecho penal puede



ser útil para el problema entre una estrategia más rica de intervención pública y de la sociedad civil. De restituir, digamos, a la farsa del eficientismo de tomar en serio los intereses de la gente, construir respuestas dentro de la arquitectura de las constituciones dentro de una política de protección de los derechos, es decir, dentro de este marco más general, se puede lograr quizás algún éxito en la tentativa de reducir la respuesta punitiva a lo que tendría que hacerse con la constitución y los principios del derecho liberal, una respuesta fragmentaria y de última acción y no como tiende hacer hoy la primera acción a la cual se recurre.

¿Que reconoce como “garantismo positivo” y “garantismo negativo”? ¿Se relaciona lo anterior con una visión restrictiva de la intervención del Estado a través de un Derecho Penal Mínimo en el marco de las constituciones políticas?

El garantismo negativo consiste, con respecto a la intervención punitiva del estado, a sus formas procesales y también de ejecución, la averiguación e implementación de los límites, es decir, de las prohibiciones de ciertas modalidades, de ciertos contenidos de intervención, a la luz de los principios constitucionales son un frente por el cual siempre he combatido desde algunos años junto a personas valiosas y profundas como Ferraboli en Italia y Zaffaroni en Argentina. Conforme a esta visión de un derecho penal mínimo como un derecho penal de la constitución, que resulta de una concepción amplia de los derechos de todos los ciudadanos, resulta no solamente claro, una vez más, evidenciando los límites y las prohibiciones que atañen a la intervención punitiva del estado, sino que se consigue, yo pienso, recuperar una base política de factibilidad del garantismo, que en una vertiente puramente negativa no tiene mucha posibilidad en la comunicación política de base en nuestra sociedad. El eficientismo tiene un juego fácil de insertarse en la demanda de la gente que de solucionar problemas y lesiones reales a sus derechos, entonces la gente, de la cual depende el consenso en una sociedad democrática de un estado de derecho, sobre cambios importantes en la política, cual sería el cambio en un sentido de garantismo, lamentablemente no está dispuesta a tomar en serio las prohibiciones, es decir, que esto no puede hacer el derecho penal si tiene la impresión que también pasando por alto sus propios límites la respuesta penal puede cubrir sus necesidades. La paradoja que he averiguado en los últimos tiempos es que por un lado hay una lúcida decisión de los juristas progresivos de cuantas prohibiciones constitucionales con respecto del

ejercicio de la función punitiva, especialmente en la degeneración del proceso, se han producido, las que nacen en una serie de encuentros entre los juristas progresistas, donde al final tenemos que no podemos incidir sobre la sociedad, porque no hay ni políticas ni una ciudadanía dispuesta a esta visión negativa del derecho penal. Así, pienso, que la cosa importante es darse cuenta que el derecho penal puede ser limitado sólo dentro de una estrategia positiva. Si se desarrolla un complejo de políticas de derecho donde no se incluye ni se excluye de antemano el momento punitivo, simplemente se va a averiguar cual es la respuesta más adecuada, penal o no penal. Pienso que lo que interesa a la gente es una respuesta a sus problemas, no es la comisión como tal, entonces si se extiende el abanico de las políticas públicas en defensa de los derechos, esto significa garantismo positivo. El garantismo no puede ser solamente una limitación de la función punitiva de sus modalidades, tiene que ser sobre todo una respuesta positiva de las necesidades; la alternativa penal o no penal no es una alternativa interesante para la ciudadanía, lo que interesa es una política desarrollada a la luz de una construcción adecuada de los problemas de defensa de los derechos, por eso hablo de garantismo positivo, considerando que la respuesta a los problemas es el eje de una política que puede llevar también a cabo esta redefinición de los límites de la punibilidad pública, que desde un punto de vista puramente negativo de legalidad constitucional no se logra.

Por último ¿Cuál es su posición frente a la alternativa que ofrecen los procesos de «mediación» que emergen entre el sistema penal y el sistema civil? ¿Les reconoce algún potencial particular?

Yo sigo desde algún tiempo con extremo interés las experiencias, las teorías, la forma legislativa en esta área, que privilegia en un primer momento el área de la justicia juvenil, pero que pienso tiene potencialmente una extensión a todo el sistema de la justicia criminal. Yo veo la mediación, sobre todo, como un elemento importantísimo que todavía no se ha recuperado bastante en el sistema respecto de otras respuestas, es decir, que la respuesta reactiva, el hecho de que se tiene que acudir a la situación producida por una lesión delictiva del derecho, no es necesariamente la respuesta punitiva. Lo que interesa oportunamente respecto a las víctimas, puede ser en muchos casos una restitución, una reintegración de la comunicación tan fuertemente lesionada con los demás, incluso con el autor y la víctima. Entonces la mediación permite salir de esta visión esquemática, absolutamente

incorrecta, de que cuando ha existido una infracción no hay otra alternativa que la pena, ya que antes que se materialice una lesión delictiva hay un abanico grande de políticas preventivas que permiten efectivamente dar un espacio relativo a la prevención a través de esta técnica. Ello no es así, la respuesta reactiva pasa por una serie de otras oportunidades, inclusive la restitución, el oír a la víctima y darle protagonismo, esta es la premisa para una ampliación de las experiencias de mediación, que no significa solamente una zona de experimentación dentro del sistema de la justicia punitiva, yo veo la mediación como la tentativa, en los límites que esto impone, de la sociedad, de la comunicación social, de retomar lo que el sistema tan exhaustivo, como lo es el de la justicia criminal, le ha quitado.

La mediación la considero como la flexibilización del límite entre el sistema punitivo y la comunicación social, la verdadera dimensión, lo que esta práctica de la mediación puede conllevar efectivamente es ampliar el espacio para un tratamiento no punitivo que se ha creado a través de una ley delictiva del derecho, por eso pienso que en la estrategia del derecho penal mínimo, del derecho penal de la constitución, dando un protagonismo, rescatando la capacidad de los actores del conflicto delictivo de tomar responsabilidad, participar como sujeto y no como objeto, al manejo de la situación que se ha producido. Esto es una perspectiva extremadamente importante.

María Angélica Jiménez es profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Directora del Post-Título sobre Justicia, Derechos y Políticas Públicas para la Infancia y la Adolescencia.

Nicolás Espejo es Profesor Asistente de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Editor de «Apuntes de Derecho».