

Gustavo A. Beade (*Editor*)

CASTIGO Y FILOSOFÍA POLÍTICA REPUBLICANA: HERRAMIENTAS PARA PENSAR LOS PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL



Segunda Colección del Programa de
Difusión de Resultados de proyectos
de la Secretaría de Investigación



VOL. III

**CASTIGO Y FILOSOFÍA POLÍTICA
REPUBLICANA: HERRAMIENTAS
PARA PENSAR LOS PROBLEMAS
ACTUALES DEL DERECHO PENAL**

Gustavo A. Beade
(editor)

Ágatha Ciancaglini Troller
Ramiro Fihman
(coordinadores)

Beade, Gustavo A.
Castigo y filosofía política republicana : herramientas para pensar los problemas actuales del derecho penal / Gustavo A. Beade ; coordinación general de Ágatha Ciancaglini Troller; Ramiro Fihman. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Secretaría de Investigación , 2023.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-950-29-1982-9

1. Prevención del Delito. I. Ciancaglini Troller, Ágatha, coord. II. Fihman, Ramiro, coord. III. Título.
CDD 345.009



Facultad de Derecho

1° edición: diciembre de 2021

© Secretaría de Investigación
Facultad de Derecho, UBA, 2021
Av. Figueroa Alcorta 2263, CABA
www.derecho.uba.ar

Coordinación académica: Daniel R. Pastor, Emiliano J. Buis y Luciana B. Scotti
Coordinación administrativa: Carla Pia Victoria Alizai
Edición y Corrección de estilo: Laura Pérgola
Diseño y diagramación de interior y tapa: Eric Geoffroy ericgeof@gmail.com

Imagen de tapa: “Alegoría de la Primera República Española”, por Tomás Padró

Impreso en la Argentina – Made in Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

Todos los derechos reservados. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Índice

Prólogo	
Republicanismo penal, para continuar la conversación entre iguales	6
Roberto Gargarella	
Presentación	12
Gustavo A. Beade, Ágatha Ciancaglini Troller y Ramiro Manuel Fihman	
PRIMERA PARTE	

Capítulo I	
Criminalización y males compartidos	19
S. E. Marshall y R. A. Duff*	

Capítulo II	
Teoría republicana y castigo penal	44
Philip Pettit*	
SEGUNDA PARTE	

Capítulo III	
Inmigrantes: un dilema para la teoría de Duff sobre la autoridad del castigo	72
Delfina Beguerie	

Capítulo IV	
Republicanismo y sanción penal de la corrupción	108
Marcelo Alejandro Giullitti Oliva	

Capítulo V

**Las potencialidades de la legítima defensa.
¿Qué tiene para aportar el derecho penal a la
reivindicación de los derechos de las mujeres?.....**132

Mariana Kohan

Capítulo VI

**Repensando el sistema penal: ¿cómo castigar
frente a un estado ausente?.....**167

Camila Petrone

Los autores y las autoras.....190

Prólogo

Republicanism penal, para continuar la conversación entre iguales

La publicación de esta colección de ensayos sobre el castigo y la filosofía política republicana, impulsada por Gustavo Beade, nos ofrece un buen motivo de celebración. Las carencias que la publicación viene a suplir son muchas y muy importantes, y de allí las varias razones que se suman para encomiar el emprendimiento. Enumero aquí algunas de las razones para este festejo: no abundan en la región estudios interdisciplinarios que se ocupen de la teoría del castigo desde la filosofía política; nuestra doctrina más crítica ha tendido a quedar anclada en estudios originados en los años 70, mientras que la rama más actualizada de dicha doctrina muestra una obsesiva fijación con la dogmática alemana (para decirlo de otro modo: la productiva, riquísima e influyente doctrina anglosajona aparece llamativamente sub-estudiada en nuestra región); no contamos (más allá de los autores “clásicos”) con suficientes traducciones al español de autores y teorías prominentes en la teoría contemporánea sobre el castigo; existe una camada importante de autores jóvenes, que abordan el “cruce” entre teoría penal y filosofía política, que merece ser mejor conocida y difundida. Y por sobre todo –agregaría– pocos vínculos parecen más fructíferos y promisorios que los que podemos trazar, en el área de los estudios penales, entre la teoría del castigo y la teoría republicana. Permítanme, a continuación,

ahondar brevemente en esta última conexión, y subrayar la importancia de la filosofía republicana, para el estudio de la teoría del castigo.

La primera pregunta que plantearía sería, entonces, la siguiente: ¿cuáles son los rasgos distintivos de la filosofía republicana? La pregunta es relevante porque, como sabemos, la concepción republicana tiene arraigo en la Antigüedad Clásica y –desde entonces a hoy– ella ha encontrado expresión en autores y pensadores tan diferentes (Rousseau, Marx, Jefferson, Franklin, Montesquieu, y un larguísimo etcétera), que se terminan suscitando dudas acerca del significado preciso del término “republicanismo”. Es posible, de todos modos, y según creo, reconocer algunos rasgos identitarios básicos, que pueden ayudarnos a definir los contornos esenciales de la teoría republicana. Pienso, como esenciales del republicanismo, a una diversidad de compromisos, que incluyen a los siguientes: su compromiso con la idea de comunidad, su compromiso con el valor de la “virtud cívica”, su compromiso con una noción fuerte de igualdad y su compromiso con la participación de la sociedad en la discusión y decisión de sus propios asuntos. Tales rasgos identitarios –solo algunos entre varios posibles– resultan comunes a la vasta mayoría de autores que hoy seguimos identificando con el pensamiento republicano.

Aclarado lo anterior, la pregunta que se presenta a continuación es: ¿en qué sentido los rasgos fundamentales del pensamiento republicano pueden servir para enriquecer nuestras reflexiones sobre el castigo? Como forma de respaldar a dicha teoría, y a sus aportes para nuestras discusiones en el área, refiero a continuación a algunas de las contribuciones que nos podría ofrecer el republicanismo, en el campo penal.

Ante todo, autores republicanos –clásicos tanto como contemporáneos (como Richard Dagger y Philip Pettit, este último incluido en esta compilación)– reconocen el valor de la comunidad. En honor a dicho principio, algunos de entre ellos toman a la “integración comunitaria” como un ideal regulativo. Ese solo (pequeño y gran) paso promete ya tener un enorme impacto en nuestras reflexiones sobre la pena (y me apoyo, para sostener lo que sigue, en los trabajos de Philip Pettit). Puede advertirse fácilmente cuál podría ser el impacto de adoptar un ideal regulativo como el citado, cuando reconocemos que, en la actualidad, en todo Occidente, la regla (antes que la excepción) de nuestro reproche penal es la cárcel, la exclusión, la separación de la comunidad. Todavía hoy, tanto nuestras autoridades penales, como una mayoría de nuestros doctrinarios, asumen con naturalidad la irracional proposición que dice

(algo así): “debemos aislar por completo al delincuente –de la sociedad, de su familia, de todos sus vínculos afectivos– y, a la vez, vincularlo con aquellos otros que identificamos como delincuentes, a los fines de re-integrarlo luego a la sociedad, y de ese modo re-educado como una persona de bien”. El absurdo de una proposición semejante (excluir para integrar/vincular con delincuentes para re-educar) es manifiesto y, sin embargo, la práctica carcelaria cotidiana de todos nuestros países solo ratifica y amplifica ese absurdo. Es por ello que el republicanismo penal nos propone pensar al reproche penal en modos por completo opuestos, comenzando con preguntas muy diferentes. Por ejemplo: ¿cómo integrar comunitariamente al que ha ofendido a su comunidad? ¿Cómo reestablecer los vínculos y lazos que dicho delincuente ha roto? ¿Cómo fortalecer los lazos que nos unen, en tanto miembros de una misma sociedad? Las respuestas que ofrecen al respecto los defensores del republicanismo penal resultan diferentes entre sí, pero siempre consistentes con los objetivos fijados. Afortunadamente, no solo existen reproches penales alternativos al castigo carcelario, sino que además algunos de ellos resultan por completo funcionales a la re-integración social (i.e., formas de trabajo comunitario, compensación a la víctima, reparación de lo que se ha dañado, etc.).

El compromiso republicano con la “virtud cívica” y la “participación ciudadana” en la discusión y decisión de sus propios asuntos, también promete enriquecer extraordinariamente nuestras reflexiones sobre el castigo. Y soy muy enfático al respecto porque la contribución que puede hacer el republicanismo en este campo no solo es importante, sino que además resulta por completo desafiante en relación con nuestro modo habitual de pensar sobre estos temas. Ilustro aquello en lo que estoy pensando con solo un ejemplo relevante, de los varios que podrían ser explorados en el área.

Piénsese, por caso, en la creación y redacción de nuestras normas penales. La enorme mayoría de nuestros doctrinarios –aun los más cercanos, aun los más progresistas– no solo descrea del valor de conectar la construcción de la decisión penal con la democracia, sino que argumenta a los gritos en dirección contraria a dicha posibilidad (recuérdense, por ejemplo, los escritos de Luigi Ferrajoli sobre la “esfera de lo indecidible”, o las insistentes posturas de Eugenio Zaffaroni en contra de la participación popular en asuntos penales). Para ellos, todo intento de vinculación entre decisión penal y democracia está llamado a terminar en una explosión represiva, “populismo penal,” “neopuni-

tivismo”, llámese como se llame. La propia Constitución argentina (no en su versión original, sino en su versión reformada en 1994!) acepta las consultas populares, pero excluye explícitamente las consultas sobre temas penales. Otra vez: la esfera democrática y la esfera penal, según parece, deben estar por completo distantes.

Pues bien, el republicanismo penal tiende a pensar la cuestión en términos exactamente opuestos a los señalados. El republicanismo penal viene a decirnos que, precisamente en esos asuntos difíciles, relevantes (los que más nos importan) y respecto de los cuales, razonablemente, disentimos, tenemos que poder intervenir, ser consultados, decidir. ¿Cuál es el sentido, sino, de la democracia, cuando ella queda confinada a los asuntos de poca relevancia moral, de poco significado para nuestras vidas? En definitiva: porque tales asuntos nos importan de modo muy especial (porque está en juego la orientación y los modos en que vamos a ejercer el poder coercitivo de la comunidad) es que, justamente, necesitamos poder intervenir en torno a ellos, de modo protagónico. ¡Son nuestras vidas, nuestra libertad y nuestros derechos fundamentales los que están en juego! No consideraré aquí los detalles del asunto (que me interesan, y sobre los que he escrito, i.e., cómo facilitar la participación comunitaria en temas penales), sino que agregaré, simplemente, que hay muchas formas imaginables, posibles, asequibles, destinadas a re-vincular a la sociedad con la reflexión y decisión sobre los asuntos penales. El principio es el que importa subrayar, por el momento: nuestras decisiones fundamentales en relación con el ejercicio del poder coercitivo deben ser el producto de nuestra conversación colectiva, y no el resultado de lo que decidan ciertas elites dirigentes —elites *welfaristas*, progresistas, o conservadoras, lo mismo da. En tal sentido, el republicanismo se opone directamente tanto al *populismo penal*, que invoca a un pueblo con el que no dialoga; como al *elitismo bienestarista*, que procura beneficiar a los intereses generales, sin consultar siquiera la opinión de la propia ciudadanía.

Dos breves consideraciones adicionales, antes de concluir con este apartado: una vinculada con la idea republicana de democracia, y otra relacionada con la bastardeada idea de la “virtud cívica”. Sobre lo primero (democracia), agregaría lo siguiente. La defensa que hace el republicanismo (contemporáneo) de la decisión colectiva, a través de la discusión pública, contradice a ideas como la de “plebiscitarlo todo” (en temas penales). Ocurre que la noción de democracia que defiende el republicanismo (pienso, otra vez, en autores como Pettit o el mismo

Antony Duff, también incluido en la compilación) tiene que ver con una peculiar versión de la misma, más en línea con la deliberación democrática, es decir, con un modo de entender la democracia, que ciertas tendencias plebiscitarias e boga ignoran o simplemente desplazan. Conversar y decidir democráticamente, entre todos, en relación con los asuntos penales, no es lo mismo que “votar sin discutir”, o que “plebiscitar sin tener la posibilidad de dialogar previamente”.

Me refiero ahora al segundo punto pendiente (“virtud cívica”). La valorización que hacen los republicanos de la virtud cívica –entendida esta como el compromiso de los ciudadanos con la suerte de su comunidad– puede requerir el “cultivo” de dichos compromisos, el aliento de la intervención cívica de la ciudadanía, el diseño de instituciones abiertas y sensibles a las demandas ciudadanas, la creación de foros para la conversación común, etc. Todas estas posibilidades, favorecidas por el republicanismo, tienden a contradecir, otra vez, las sugerencias derivadas de posiciones alternativas (i.e., tanto el conservadurismo como el liberalismo) que (como viéramos) buscan desalentar o miran con desconfianza a la participación cívica, y aceptan convivir con la “apatía ciudadana” como si se tratara de un rasgo de carácter valioso, o un “estado natural” de la ciudadanía.

Finalmente, haría mención a algunas de las tantas consecuencias posibles que podrían seguirse del especial lugar que el republicanismo (penal) reserva para el principio de la igualdad. De ese estatus especial que adquiere la igualdad, para el republicanismo, puede derivarse su particular sensibilidad frente a las violaciones a la ley que se producen en contextos de radical e injusta desigualdad (piénsese, otra vez, y en este respecto, en los escritos de Duff sobre el tema). Ello puede implicar, por ejemplo, y entre otras cosas i) pensar en atenuantes y excusas especiales, frente a ciertos delitos cometidos en situaciones extremas (sin necesidad de des-responsabilizar o asumir como “incapaces” a sus autores); ii) considerar la justificación de ciertas acciones de desafío a la ley (i.e., en determinadas condiciones, los “cortes de rutas”, la objeción de conciencia, la desobediencia civil, la resistencia misma a ciertas órdenes) realizados por sectores marginados de la vida política y social, y sin acceso apropiado al “foro público”, y aun iii) poner en cuestión (como lo hiciera Duff) la legitimidad del ejercicio mismo de la coerción, o la propia legitimidad de la autoridad, en condiciones de persistente, sistemática e injustificada desigualdad.

En definitiva, valgan las brevísimas consideraciones anteriores como lo que son, esto es, una sintética introducción al republicanismo penal; un modo de alentar al estudio de esta rama de la disciplina; y, sobre todo, una manera de felicitar a todos los autores y autoras que participan de este libro, por el promisorio camino que, a través de sus textos, nos han abierto.

Roberto Gargarella
Buenos Aires, 10 de marzo de 2021

Presentación

El proyecto de investigación UBACyT “La filosofía política del republicanismo penal” (acreditado bajo el código 20020170200012BA) fue aprobado bajo la Modalidad II de la Programación Científica 2018 de la Universidad de Buenos Aires. El grupo de trabajo fue dirigido por Gustavo Beade y estuvo integrado por Santiago Mollis, Guido Claudio Terradas, María Laura Maidana, Gonzalo Penna, Agustín Varela, Fernando Marcelo Antonio Gauna Alsina, Tomás Eduardo Churba, Santiago Roldán, Fernando Braccini, Camila Petrone, Lucía Montenegro, Marcelo Alejandro Giullitti Oliva, Agatha Ciancaglini Troller, María Florencia Palacios, Ezequiel Barnade, Lucila Belén Martínez, Desiré Sara Salomón, María Desirée Barczuk, Mariana Kohan, Romina Rekers, Julieta Nieva, Andrea Schuster, Ramiro Manuel Fihman, Florencia Natalia Leguiza, María Belén Tella y Macarena Gómez.

Los objetivos del proyecto, que en términos generales buscó explorar los posibles vínculos existentes entre el republicanismo y el derecho penal, se dividieron en cuatro ejes fundamentales: 1) la fundamentación del castigo en la teoría republicana, 2) la participación ciudadana en la creación de normas penales: el problema del populismo y el elitismo penal, 3) la particular importancia de la criminalización de

la corrupción según la teoría republicana; 4) los alcances del republicanismo en el diseño del proceso penal.

En ese sentido, y de acuerdo con el plan de trabajo original, se dio inicio al proyecto trabajando en la recopilación y análisis de la literatura reciente en relación con las teorías republicanas, la democracia y el derecho penal. Por otra parte, se hizo hincapié en la literatura argentina disponible para indagar acerca de estos interrogantes. Este proceso se llevó adelante de forma paralela con reuniones periódicas de discusión de los textos que conforman la bibliografía troncal del proyecto, pero también de distintas iniciativas de integrantes del grupo de investigación, que trajeron a discusión sus propias ideas. Esas ideas, con el tiempo, se transformaron en producciones académicas más sofisticadas, a partir de los debates y las críticas que surgieron en el marco del proyecto. Algunas de ellas fueron presentadas en distintos espacios editoriales; otras conforman tesis de maestría o doctorado en curso; por último, otras fueron presentadas en un evento realizado en el año 2019 en la Facultad de Derecho y seleccionadas para formar parte de este libro. Además, un grupo de estudiantes que integra este proyecto se dedicó a una tarea adicional en particular: traducir al castellano obras que solo estaban disponibles en idioma inglés y que son especialmente relevantes.

Parte del resultado de todo ese trabajo es este libro, que comienza con un prólogo de Roberto Gargarella, probablemente uno de los pensadores más importantes en la actualidad a nivel latinoamericano en el campo del derecho constitucional y de la filosofía política. Gargarella ha aportado elementos muy relevantes para el desarrollo del pensamiento republicano en nuestro país, por lo que este grupo de investigación acudió a él varias ocasiones, ya sea leyendo y discutiendo sus trabajos o invitándolo a participar de las actividades que se fueron llevando adelante.

Por otro lado, el cuerpo del libro está dividido en dos partes. La primera consiste en el producto del trabajo de un grupo de estudiantes que integran el proyecto de investigación (en su mayoría de la carrera de abogacía pero con la valiosa colaboración de estudiantes de traductorado), que se abocaron –con la supervisión del Director del proyecto– a traducir al castellano obras fundamentales para el republicanismo que, hasta ahora, solo estaban disponibles en idioma inglés. Esto representa un insumo novedoso no solo para este proyecto de investigación –que estudia específicamente estas temáticas– sino para la comunidad aca-

démica hispanohablante en general. Aspiramos a que estos textos, a partir de ahora, puedan ser usados –entre otras cosas– en carreras de grado como Derecho, Ciencia Política o Filosofía, constituyendo una nueva posibilidad de acercar a las/os estudiantes ideas que muchas veces se presentan como inaccesibles a causa de la barrera idiomática.

La segunda parte es una compilación de artículos inéditos producidos por integrantes del proyecto de investigación UBACyT (todos/as ellos/as jóvenes investigadores/as cursando estudios de posgrado), cuya versión preliminar fue presentada en el Seminario sobre Republicanismo y Derecho Penal que se llevó a cabo el 26 de agosto de 2019 en el Salón Verde de la Facultad de Derecho de la UBA. Las/os autoras/os profundizaron sus trabajos a partir de los comentarios y críticas realizados tanto por el resto de las/os integrantes del proyecto como por quienes asistieron al evento, que –por supuesto– fue abierto al público. Además, adaptaron sus obras de forma tal que cumplieran con los requisitos de forma necesarios para ser publicados en una compilación como esta.

La primera parte de esta obra, como fue adelantado, está compuesta por traducciones al castellano de dos artículos elementales para el pensamiento republicano y su relación con el derecho penal. El primero de ellos es “Criminalization and Sharing Wrongs” (“Criminalización y males compartidos”) de Antony Duff y Sandra Marshall, publicado originalmente en el año 1998 en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. Este artículo es sumamente relevante para entender por qué elegimos (o deberíamos elegir) ciertas conductas, y no otras, para castigarlas penalmente, y qué rol tiene la comunidad en esas decisiones. Allí, Duff y Marshall proponen una forma de pensar la criminalización desde el punto de vista de lo que denominan “sharing wrongs” o “males compartidos”, partiendo de una idea robusta de comunidad.

El segundo lugar lo ocupa un escrito de quien es quizás el representante más influyente de la teoría republicana en el pensamiento contemporáneo. Se trata de “Republican Theory and Criminal Punishment” de Philip Pettit, publicado en *Utilitas* en 1997. En este trabajo, Pettit introduce la idea de libertad como no dominación y la relaciona con la idea de criminalización. Explica qué debe guiar a quien defiende el ideal republicano para decidir qué debe criminalizarse y qué no. Además, Pettit propone cómo debe responder la comunidad, desde los elementos de su teoría, frente a la comisión de un delito.

La primera parte del libro comienza con una obra escrita por Delfina Beguerie que se titula “Inmigrantes: un dilema para la teoría de Duff sobre la autoridad del castigo”. Según este artículo, algunas variantes del republicanismo penal sugieren que tal fundamento debe buscarse en una relación anterior al crimen: en una relación política. Afirman que podemos castigarnos porque pertenecemos, en concidadanía, a una misma comunidad política. Pero entonces aparece necesariamente la pregunta sobre cómo se justifica el castigo a personas extranjeras. Con referencias al caso argentino, la autora discute con las explicaciones teóricas ensayadas por Duff y las alternativas de Zedner, Yaffe y Chehtman. El debate, así planteado, parece dirimirse entre (i) fundar la respuesta punitiva en la comunidad entre personas ciudadanas dejando sin orientación normativa a las diversas formas de castigo de las no-ciudadanas o (ii) renunciar a una justificación relacional del castigo para todos. Según Beguerie quienes entiendan que la legitimidad del castigo debe buscarse en algún tipo de relación política pre-existente deben redefinir esa relación para que pueda dar cuenta de los diferentes vínculos que nos unen a quienes cohabitan un mismo territorio político. En lugar de descartar a la membresía política como justificación del reproche penal, la autora sostiene que se puede renunciar a que esa membresía constituya la *única* justificación posible. Finalmente propone dos pautas para que *una* teoría de la justificación del castigo pueda dar cuenta de los diferentes criterios de atribución de la ley penal: el nivel de dependencia y el nivel de participación.

En el Capítulo IV, Marcelo Giullitti nos invita a pensar qué tiene para decir el republicanismo respecto de uno de los temas de mayor relevancia global en la actualidad: la investigación penal de la corrupción. En su obra “¿Qué nos exige el republicanismo en la investigación penal de la corrupción?”, el autor propone, en primer término, un análisis de los delitos que constituyen lo que generalmente se denomina “corrupción” y una explicación sobre cómo se lleva a cabo la investigación de estos, con especial énfasis en las diferencias con otras contadas reprochables penalmente. Giullitti presenta los problemas que aparecen cuando se piensa la participación de la ciudadanía en los procesos penales, y traslada esa discusión al campo de la investigación de la corrupción, sosteniendo que existen especiales razones para “abrir” estas causas al pueblo, que debe participar activamente en este proceso. Finalmente, elabora algunas propuestas concretas de reformas institucionales en este mismo sentido.

Este libro sigue con un trabajo de Mariana Kohan que se titula “Las potencialidades del instituto de la legítima defensa. ¿Qué tiene para aportar la política criminal a la reivindicación de los derechos de las mujeres?”. En este caso, la autora defiende la idea de que la legítima defensa es un instituto que debería permitir resolver los casos de mujeres víctimas de violencia de género que matan a sus agresores. Así, plantea que es posible desde el derecho penal acompañar la reivindicación de los derechos de las mujeres en general y en particular contra la violencia de género. Para esto, la autora toma elementos de la teoría de Antony Duff en relación con la función comunicativa del castigo. En ese sentido, brinda razones para justificar por qué el mensaje debe ser de acompañamiento –teniendo en cuenta la dimensión social del derecho penal– y que, por el contrario, no alcanza con un análisis tradicional del sistema de imputación.

Cierra este libro Camila Petrone con su artículo “Hacia una función contrahegemónica del derecho penal”, en el que se pregunta por el sufrimiento que implica el castigo penal para quienes pertenecen a los sectores más desaventajados de nuestra sociedad. En ese sentido, se trata de profundizar la reflexión sobre la relación entre la injusticia social y el castigo. La autora analiza cómo la prisión –el castigo por antonomasia– perpetra la violencia y desigualdad preexistente que ya sufre la mayoría de las personas privadas de libertad. Intenta, a su vez, teorizar respecto de la legitimidad del Estado para aplicar ese tipo de castigo en esos contextos. Subyace a lo largo de todo el trabajo la idea de que es el Estado el que debe garantizar a los ciudadanos la posibilidad real de acceder a medios de vida que permitan obedecer la ley.

Este libro busca contribuir al pensamiento filosófico-político y jurídico-penal desde más de un punto de vista. Por un lado, los trabajos exploratorios de los/as integrantes del proyecto de investigación constituyen ideas sumamente interesantes para relacionar la teoría republicana del derecho penal con problemas centrales de nuestras comunidades actuales: la violencia de género, la corrupción, la cuestión migratoria y la desigualdad social. Abordar estas temáticas y, al mismo tiempo, enfrentar los interrogantes respecto de las relaciones políticas que en cierto sentido preceden al derecho penal resulta, cuanto menos, desafiante. Por otra parte, las obras traducidas por primera vez al castellano permiten, como ya se mencionó, ampliar los horizontes de la academia hispanoparlante y, particularmente, la latinoamericana. En un intento por contribuir mínimamente a la expansión del conocimiento

de las ciencias sociales, creemos que estos trabajos, ahora en español, pueden ser el puntapié inicial de nuevas ideas y, fundamentalmente, de nuevas discusiones.

Finalmente, queremos agradecer a quienes formaron parte del proyecto, se comprometieron con el trabajo que quisimos llevar adelante y nos ayudaron a concretarlo. También a Roberto Gargarella por el prólogo a este libro, también, muy especialmente a Antony Duff, Sandra Marshall y Philip Pettit por la ayuda en conseguir los derechos para publicar las traducciones de sus trabajos. Por último, a la Secretaría de Investigación por su colaboración permanente durante el proyecto de investigación y por la posibilidad de poder publicar mediante un programa específico, en el marco de la Facultad de Derecho, los resultados de nuestros años de trabajo.

Gustavo A. Beade, Ágatha Ciancaglini Troller
y Ramiro Manuel Fihman
Buenos Aires, primavera de 2021

PRIMERA PARTE

Criminalización y males compartidos

S. E. Marshall y R. A. Duff*

Introducción

En el lenguaje corriente, los términos “delito” y “delincuente” tienen un uso que, a pesar de estar relacionados con la noción estrictamente jurídica de criminalidad, van más allá de esta; es una forma de indicar una condenación seria a una actividad o conducta. De forma similar, cuando las personas dicen, sobre algo, que “debería haber una ley contra eso” no necesariamente lo están diciendo –aunque podrían hacerlo– en sentido literal. Sin embargo, aun cuando están utilizando esta expresión de forma coloquial y figurativa, está claro que la “ley” a la que se refieren es la ley penal y no la ley civil. La sensación de que “algo debe hacerse” expresada en estos usos refleja la idea de que hay una especie de mal que requiere una respuesta colectiva más que una individual. Por supuesto, este uso coloquial y figurativo se nutre del

* Traducción del original Marshall, S., & Duff, R. (1998). “Criminalization and Sharing Wrongs”. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 11(1), 7-22. Cambridge University Press 1998 realizada por Ágatha Ciancaglini Troller, Ramiro Fihman, Florencia Leguiza, Julieta Nieva, Desiré Salomón y Florencia Palacios. Autorización para la traducción concedida por Cambridge University Press.

uso literal del término. Sin embargo, contrariamente a la opinión de Devlin,¹ a los fines de caracterizar qué tipo de males están correctamente categorizadas como delitos, se necesita más que un sentimiento general de indignación. Los debates actuales sobre la distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad civil dan cuenta de que dicha caracterización está lejos de ser sencilla.²

Estos debates académicos pueden ser situados en un contexto de discusiones filosóficas más amplias, sobre la relación entre lo individual y lo colectivo, lo privado y lo público, y la forma en la que estos pares de conceptos se relacionan entre ellos. Podríamos coincidir con George Fletcher en que “Blackstone estaba en lo correcto al identificar delitos penales con males públicos e ilícitos civiles con males privados”:³ el Derecho Penal debería encargarse de la clase de males que conciernen un interés público y que, por lo tanto, requieren una respuesta colectiva por parte de toda la comunidad. Por el contrario, los males que conciernen al interés privado o individual de la víctima deberían ser abarcados por el Derecho Civil. Lo que está mucho menos claro, sin embargo, es cómo deberíamos caracterizar esta distinción.

Los males públicos no son simplemente males “colectivos”, si por ello entendemos ofensas dirigidas a un colectivo; ni los males privados son simplemente males “individuales”, si por ello entendemos ofensas dirigidas a individuos. De hecho, si se preguntara por ejemplos de

¹ Este artículo surge como una respuesta a un trabajo inédito de Andrew von Hirsch y Andrew Ashworth, en un *workshop* sobre criminalización que fue generosamente financiado por la Comisión Fulbright y por el Fondo para el Estudio de Jurisprudencia Penal de la Escuela de Justicia Penal de la Universidad de Rutgers. Agradecemos a quienes participaron del mismo y especialmente a Andrew von Hirsch y Andrew Ashworth, cuyas visiones (como eran entonces) son la base de la explicación que esbozamos y criticamos en el acápite 1 de este trabajo.

Ver Devlin, Patrick, “Morals and the Criminal Law” en Devlin, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1968, p. 1.

² Ver el reciente simposio en (1996) 76 *Boston U. L. Rev.* 1. Los debates de políticas públicas relativos a la posible despenalización de un conjunto de actividades, incluyendo el consumo de drogas, la prostitución y el abuso de información privilegiada, demuestran las complejidades del concepto de delito, aunque raramente quienes participan de ese debate las abordan de manera frontal.

³ Fletcher, George, “Domination in Wrongdoing”, 76 *Boston U. L. Rev.*, 1996, p. 347.

delitos paradigmáticos, la gente tendería a citar ejemplos de conductas dirigidas a individuos: así, el homicidio, la violación, el robo y el hurto son tipos de delitos que naturalmente se nos vienen a la mente. Si nos enfocamos en esto, podemos vernos tentados a creer que la diferencia real entre delitos penales e ilícitos civiles es una cuestión de gravedad. Pero mientras en ciertos contextos el derecho apela a la cuestión de la gravedad para distinguir entre ofensas penales y ofensas civiles⁴, lo cierto es que no siempre los males que nuestro derecho vigente toma como delitos son más graves que las que toma como ilícitos. Para dar un ejemplo, el incumplimiento contractual puede ser mucho más grave por su malicia y sus consecuencias dañosas que un acto menor de vandalismo: pero el primero se mantiene como materia del Derecho Civil, mientras que el segundo constituye un caso de delito de daño. Sin embargo, creemos que la idea de “gravedad” de un mal no puede ser pensada independientemente de la distinción entre males “públicos” y “privados”. Esto constituye el punto central de este trabajo: la diferencia no recae en el nivel de gravedad sino en su carácter.

Suponiendo que aceptamos que los delitos son males “públicos”, ¿cómo explicamos el significado de la dimensión “pública” de aquellos delitos contra individuos? Es decir, cómo explicamos al individuo, visto como miembro de un colectivo, en un sentido que no lo elimine por completo ni tampoco lo reduzca a una clase de individualismo que finalmente elimine cualquier significado de lo colectivo y lo público. Nuestra principal preocupación en este trabajo es, entonces, el concepto de delito, y no nos dedicaremos directamente al debate sobre la distinción entre delito penal e ilícito civil. Sin perjuicio de ello, lo que diremos acerca del delito tendrá algunas implicancias en esa discusión: pretendemos identificar un aspecto central de ciertos tipos de males que le brindan razones a la comunidad para considerarlas “públicas” antes que “privadas” y, por tanto, materia del Derecho Penal y no meramente del Derecho Civil.

⁴ De este modo, una parte de la definición del rara vez perseguido delito de injurias en el Derecho inglés, es que la expresión debe ser “grave”, más grave que el que se necesitaría para que amerite una demanda civil: ver Smith John C., y Hogan, Brian, *Criminal Law*, 8va ed., Londres, Butterworths, 1996, pp. 735-736.

1. Bienes públicos e individuales

Notamos previamente que lo que en la conciencia pública se presenta como delitos paradigmáticos, tienden a ser delitos que victimizan directamente a los individuos. Este tipo de delitos podrían parecer no solo relevantes en la percepción pública, sino también *normativamente* paradigmáticos: sin duda cualquier sistema penal debe por lo menos prohibir y castigar daños como estos.

Si tomamos estos delitos como nuestro enfoque inicial, una forma de expresar la naturaleza del Derecho Penal podría ser la siguiente: el Derecho Penal debería prohibir intromisiones (violaciones) a importantes “Rechtsgüter” individuales como son la vida, la libertad, la propiedad y la salud.⁵ Podría parecer incontrovertido que el Derecho Penal a su vez prohíba conductas que directamente pongan en peligro el “Rechtsgüter” individual en cuestión; y más allá de eso, también podría ser argumentado que una categoría limitada de delitos conocida como “de peligro abstracto” (conductas como manejar negligentemente, que amenazan tal “Rechtsgüter”, pero cuyos casos individuales podrían no poner en peligro a ningún individuo) pueden ser justificadas.⁶

Este tipo de perspectiva genera que los daños cometidos contra víctimas individuales sean centrales para las preocupaciones de la ley penal. Si preguntamos *por qué* daños como el asesinato, la violación y el robo deberían ser delitos, la respuesta más frecuente no es que estas acciones amenazan “el orden social” o “el interés público”, dado que esta res-

⁵ El término alemán “Rechtsgut”, que ocupa un lugar destacado en las discusiones alemanas sobre los objetivos y funciones del Derecho Penal, es conveniente aquí, ya que capta la noción de un interés legalmente protegido y significativo: Véase Ebert, Udo, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2da ed., Heidelberg, C. F. Muller, 1994, pp. 1-4; y Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ra. ed., Warszawa, C.H. Beck, 1997, pp. 10-30.

⁶ La distinción entre delitos de peligro “concreto” y “abstracto” es importante en la literatura alemana (véase Ebert, *ibid*, en 38; Roxin, *ibid* pp. 351-360). No podemos retomar aquí la cuestión de la extensa categoría de los delitos de peligro “abstracto”: véase von Hirsch, Andrew, “Extending the Harm Principle: “Remote” Harms and Far Imputation” en Simester Andrew P. y Smith, A. T. H. (eds.), *Harm and Culpability*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 259; Duff, Antony, *Criminal Attempts*, Oxford, Oxford University Press, 1990, pp. 134-135.

puesta parece ignorar, y por consiguiente menospreciar, el sufrimiento de la víctima, y (mal) representar delitos como si fuesen simples actos de una ciudadanía irresponsable. La respuesta es, más bien, que tales daños lesionan importantes *Rechtsgüter*: el Estado tiene el deber de utilizar el Derecho Penal para promover el respeto de estos importantes derechos individuales. Esta perspectiva también puede fundamentar las demandas, que se han hecho más notables en los últimos años, de que se permita a las víctimas de delitos desempeñar un papel más activo y personal en el proceso penal, en particular durante la imposición de la pena: dado que el castigo del delincuente se debe principalmente –si no únicamente– a las personas a las que ha dañado, estas, sin duda, deberían tener voz en la determinación de ese castigo.

Esta perspectiva, a su vez, da lugar a al menos algunos bienes “públicos” o “colectivos” que el Derecho Penal debería proteger. Prohibir y castigar los ataques contra un *Rechtsgutter* individual, sirve al mismo tiempo para asegurar a *todos* los ciudadanos que tales injusticias contra ellos no queden impunes y, por lo tanto, para fomentar la seguridad colectiva;⁷ y si se incluyen delitos de “peligro abstracto” (conducir de manera peligrosa o en estado de ebriedad, por ejemplo, o delitos relacionados con la seguridad en el trabajo o con materiales peligrosamente tóxicos), puede considerarse que estos protegen intereses colectivos en materia de seguridad pública. Sin embargo, tales bienes “públicos” o “colectivos” no son, como se ha entendido hasta ahora, *simplemente* públicos o colectivos: deberían entenderse sencillamente como conjuntos de bienes individuales, cuya protección sigue siendo, por tanto, el objetivo básico del Derecho Penal.

Ahora bien, una objeción a esta perspectiva del Derecho Penal es que no se ajusta a la idea de bienes genuinamente públicos o colectivos, que no pueden reducirse a conjuntos de bienes individuales: bienes que pertenecen a un “nosotros” que no pueden ser entendidos cualitativamente como un conjunto “yo” separados e individuales; bienes que nos importan no como aspectos de nuestro bienestar meramente individual, sino como miembros de una comunidad; bienes

⁷ *Cfr.* Braithwaite, John, y Pettit, Philip, *Not Just Deserts*, Oxford, Oxford University Press, 1990, en caps. 4-5, sobre el “dominio”, incluyendo la “garantía” de la libertad como objetivo central de la ley.

que son de *esa* comunidad. Esta objeción se basa en dos pretensiones de tipo comunitario, aunque no tenemos espacio para desarrollar aquí ninguno de estos en detalle.

La primera pretensión es que, aun cuando *algunos* bienes “públicos” *podrían* analizarse como conjuntos de bienes individuales, otros se resisten a este análisis reduccionista: considérese, por ejemplo, la idea de una cultura próspera como un bien “público” o común. La segunda pretensión –para nuestro propósito, la más relevante– es que no podemos entender adecuadamente ni siquiera a los bienes individuales en términos puramente individualistas, ya que no podemos identificar o entender como meros individuos a aquellas personas cuyos bienes son individuales. Nos basamos aquí en la concepción comunitaria del “yo” como “constitutivo”⁸ constituido esencialmente por sus relaciones intersubjetivas y su ubicación en una comunidad particular y, por lo tanto, identificable solo en término de esas relaciones y ubicación. Para los ciudadanos de un Estado (ciudadanos cuyos bienes debe proteger el derecho), por lo tanto, “la comunidad describe no solo lo que *tienen* como conciudadanos, sino también lo que *son*, no es una relación que eligen (como en la asociación voluntaria), sino un vínculo que descubren, no como un atributo, sino como un componente de su identidad”.⁹ Lo que esta concepción sugiere no es, por supuesto, que los individuos y sus bienes no importan, sino que tanto ellos como sus bienes deben ser identificados y entendidos como (los bienes de) los miembros de una comunidad. Más adelante, vamos a afirmar que esta idea puede ayudarnos a ver por qué el sistema penal debería ser utilizado para proteger a ciertos *Rechtsgüter* individuales en un sentido significativo bienes “públicos” o compartidos, y por qué las acciones que atacan a dicho *Rechtsgüter* deberían ser vistas como males “públicos” o compartidos.

⁸ En particular, nuestro argumento en este punto está relacionado con la distinción que realiza Charles Taylor entre bienes “convergentes” y “comunes”: véase Taylor, Charles, “Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate” en Rosenblum, Nancy L. (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1989, p. 159.

⁹ Sandel, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*, Nueva York, Cambridge University Press, 1982, p. 150.

Una segunda objeción, relacionada con la primera, es que esta perspectiva no es suficiente para demostrar por qué los ataques contra un *Rechtsgüter* individual debería ser un asunto del derecho penal y no de derecho civil. Si el mal cometido por delitos como la violación o el robo es entendido como un mal cometido esencialmente contra la víctima individual, ¿por qué el Estado debería “robarle” este “conflicto” a la víctima¹⁰, convirtiéndolo en una cuestión de derecho penal? ¿Por qué no debería ser más bien una posibilidad para que la víctima busque una reparación mediante la presentación de una demanda civil?¹¹ Por supuesto, cabría esperar que el Estado preste asistencia pública (recursos para investigar, asesoramiento legal, financiación) para quienes deseen llevar adelante esos casos; y además habría casos que, frente a la ausencia de una víctima individual que pudiera presentar una demanda, tendrían que ser perseguidos por una autoridad pública (por ejemplo, casos de homicidio en los que la víctima está muerta y casos de peligro abstracto); pero ¿por qué la presunción no debería ser que corresponde a la persona o a las personas directamente perjudicadas por el delito iniciar una acción civil contra el autor del delito?

Tal sugerencia tiene obvias repercusiones en las miradas de algunos “abolicionistas”, quienes argumentan que deberíamos “civilizar” nuestras respuestas al “delito”. El Estado no debería “robarle” “conflictos” a los individuos (ya sea a las “víctimas” como a los “infractores”) a los que pertenecen propiamente, transformándolos en asuntos del derecho penal de los que deberán ocuparse el Estado y sus tribunales; más bien deberían ofrecer un foro ordenado en el que las preocupaciones de los individuos –con la ayuda de otros miembros de su comunidad– puedan ser resueltas por ellos mismos.¹²

¹⁰ Véase Christie, Nils, “Conflicts as Property”, 17 *British J. of Criminology*, 1977, p. 1.

¹¹ Sobre el modelo “civil” en algunos sistemas de derecho antiguo, véase Lindgren, James, “Why the Ancients May Not Have Needed a System of Criminal Law”, 76 *Boston U. L. Rev.*, 1996, p. 29.

¹² Véase, por ejemplo, *supra* nota 10; Hulsman, Louk, “Penal Reform in the Netherlands II”, 21 *Howard J.*, 1982, p. 35, y Hulsman, Louk, “The Abolitionist Case: Alternative Crime Policies”, p. 25 *Israel L. Rev.* 1991, p. 681 (de aquí en adelante “abolicionista”).

Podríamos preguntarnos hacia dónde nos llevaría en última instancia este camino abolicionista: en particular, si al final el Estado se quedaría incluso con este papel en la “resolución de conflictos”, o si nos conduciría hacia modos aún más radicalmente informales de justicia comunitaria.¹³ También podríamos preguntarnos sobre la tensión que se percibe en algunas de las versiones del abolicionismo: entre un individualismo libertario que insiste en que los “delitos” deben ser vistos como conflictos entre las personas directamente involucradas (y niega a cualquier otra persona el derecho a condenar la conducta de cualquiera de las partes como “errónea”); y una visión un tanto más comunitaria que retrata tales “conflictos” como asuntos que conciernen y que deben ser resueltos por y dentro de la comunidad a la que pertenecen esas personas. Estas cuestiones, sin embargo, no son las que nos preocupan en la actualidad: lo que queremos decir es simplemente que un relato de los objetivos del derecho penal, que comienza con la protección de los *Rechtsgüter* individuales, difícilmente pueda explicar por qué este asunto debería ser competencia del derecho penal y no del derecho civil, y para resistir el argumento abolicionista de que deberíamos “civilizar” nuestras concepciones y respuestas al “delito”.

El punto de partida alternativo más obvio recae en la idea de bienes públicos, comunes o colectivos, bienes que como hemos sugerido, no siempre pueden ser analizados como conjuntos de bienes individuales. Es decir que, en lugar de comenzar con las violaciones al *Rechtsgüter* individual como nuestro paradigma de criminalidad, y luego preguntarnos si el derecho penal también debería proteger los bienes públicos y comunes y por qué, comenzamos con la idea de que el derecho penal debería proteger los bienes comunes o colectivos, y luego nos preguntamos si alguno de esos bienes individuales (y en caso afirmativo cuáles) deberían ser considerados como bienes “comunes” que el derecho penal debería proteger.

Partiendo desde este punto de vista, podemos explicar finalmente (como no podríamos hacerlo tan fácilmente si empezamos con un

¹³ Véase Abel, Richard L., (ed.), *The Politics of Informal Justice*, Nueva York, Academic Press, 1982; Cain, Maureen, “Beyond Informal Justice”, 9 *Contemporary Crises*, 1989, p. 335; Matthews, Roger (ed.), *Informal Justice*, Londres, Sage 1988.

Rechtsgüter individual) por qué los casos criminales son comúnmente presentados por el “Estado”, por el “pueblo”, por el “Commonwealth” o por “la Reina” contra el demandado, mientras que los casos civiles son, usualmente, llevados por demandantes individuales. Más allá de que en el caso de los bienes genuinamente comunes no exista una víctima individual distinguible que pueda accionar la demanda, es apropiado que los daños a los bienes comunes deban ser perseguidos por toda la comunidad (representada por el “Estado” o el “pueblo”), que es a la que pertenecen esos bienes. Por el contrario, como hemos señalado, todavía no está claro por qué no deben perseguirse los daños de un *Rechtsgüter* individual (con la asistencia del Estado) por los individuos afectados.

A su vez, este punto de partida concuerda, por supuesto, con la perspectiva más o menos comunitaria implícita en nuestros comentarios anteriores sobre los bienes comunes. Pero también se enfrenta a un problema obvio que ya hemos señalado. Si vamos a decir que acciones como el asesinato, la violación y el robo deben ser criminalizadas porque dañan o amenazan algún bien común, ¿no estamos ignorando y, por lo tanto, denigrando el daño causado a las víctimas individuales de tales acciones,— un mal que seguramente debería ser central para las preocupaciones del derecho?

Tal crítica es ciertamente pertinente en respuesta a determinados tipos de explicaciones de los “delitos” como “males públicos”: si se dice, por ejemplo, que los ataques contra un *Rechtsgüter* individual deben ser delictivos si y porque “amenazan el orden social”; o si y porque causan “inestabilidad social”;¹⁴ o porque tales atacantes deben ser castigados con la finalidad de impedirles seguir adelante con tales ataques o para disuadir a otros potenciales atacantes; o porque el atacante toma una ventaja injusta sobre el resto de los ciudadanos respetuosos de la ley (él acepta los beneficios del autocontrol del resto que tienen intención de respetar la ley, pero él evita hacerlo).¹⁵ Tales explicaciones parecen subordinar a la víctima individual (una preocupación por su bien, o por

¹⁴ Becker, Lawrence, “Criminal Attempts and the Theory of the Law of Crimes” (1974) 3 *Phil. & Publ. Affairs*, p. 262.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Murphy, Jeffrie G., “Marxism and Retribution”, 2 *Phil. & Publ. Affairs*, 1973, p. 217; Sadurski, Wojciech, “Distributive Justice and the Theory of Punishment”, 5 *Oxford J. of Legal Studies*, 1985, p. 47.

el mal que se le ha hecho) a un bien social supuestamente mayor. La conducta del ofensor se considera criminal, y debe ser castigada, por ese bien mayor: frente a lo cual es apropiado objetar que su conducta debería ser criminalizada por el mal que le causa a la víctima individual, y debería ser castigado por ello. No criminalizamos la violación ni castigamos a los violadores porque la violación cause inestabilidad social, o porque el violador tome una ventaja injusta sobre sus conciudadanos respetuosos de la ley: sino por la naturaleza del mal que el violador causa en sus víctimas.

Sin embargo, nuestro argumento en las próximas secciones será que podemos dar una explicación más plausible y adecuada de la idea de que los delitos deben ser entendidos como males “públicos” contra un bien “común” (por ejemplo, que la conducta debe ser penalizada si y a causa de que daña o amenaza tal bien “común”): una explicación que muestra por qué los ataques contra un *Rechtsgüter* individual deben ser una preocupación de la ley penal, como ataques contra un bien común, sin por ello ignorar o menospreciar el mal causado a la víctima individual.

Como preludeo esencial de ese argumento, sin embargo, deberíamos tratar de esclarecer la noción misma de “criminalización”: ¿qué es lo que determina que un determinado tipo de conducta sea delictiva? A continuación identificaremos las características del proceso penal que sostienen nuestra justificación de los delitos como males comunes o compartidos.

2. El delito y el proceso penal

Si pudiéramos dar por sentado las características estructurales de nuestro sistema de justicia penal, la pregunta sobre qué significa que ciertos tipos de conductas deban ser criminalizadas parece no ser problemática. Criminalizar una conducta implica prohibirla mediante una ley o hacerlo de hecho, y que quienes incumplen la prohibición sean juzgados y castigados; por ende, decir que cierto tipo de conducta deba ser criminalizada supone entonces que debe ser prohibida, juzgada y sancionada.

Sin embargo, ante el peligro del etnocentrismo que implica definir “delito” o “criminalización” puramente a partir de nuestros propios sistemas de justicia, debemos ser más sensibles a los diferentes aspectos o dimensiones del concepto de delito tal como aparece en nuestros propios sistemas. Si estos distintos aspectos son (como sugeriremos) en cierto grado separables, la pregunta acerca de qué significa “crimi-

nalizar” algo se convierte en algo menos sencillo. Podremos imaginar instituciones y prácticas jurídicas que compartan algunos de esos aspectos (aunque no todos) –a los cuales podemos atribuirle ciertas semejanzas y diferencias con nuestro concepto de “delito”– y nos daremos cuenta de que “criminalizar” algo, dadas las diferentes estructuras institucionales, podría significar cosas distintas, y, en cuyo caso, preguntar qué tipo de conductas deberían ser criminalizadas, o qué principios o consideraciones deberían guiar las decisiones relativas a la criminalización, podría implicar no una única pregunta sino un conjunto de preguntas diferentes.

Un beneficio adicional de este enfoque distintivo es que facilita la discusión entre quienes, en líneas generales, están dispuestos a trabajar dentro del marco de nuestras instituciones de justicia penal existentes, y críticos más radicales que sostienen que esas instituciones son defectuosas (y que, por lo tanto, no se contentan con discutir criterios normativos de criminalización si ello implica la sujeción a esas instituciones). Podría ocurrir, por ejemplo, que incluso quienes se consideran a sí mismos o son considerados como “abolicionistas”, algunos de los cuales rechazan el concepto de “delito” como figura de nuestras instituciones jurídicas,¹⁶ estarían dispuestos a decir que algunos tipos de conductas, en *cierto* sentido, deben ser criminalizadas; y que, cuanto menos, podemos esperar que tal enfoque nos permita identificar de forma más clara la base en común (si hay alguna) entre los reformistas y los radicales, y aquello que los divide.

Por lo tanto, trataremos de identificar aquellas características que consideramos fundamentales del concepto de delito, tal como está incorporado en nuestros sistemas de justicia penal: esto es, aquello que se enuncia, se deriva o se presupone al afirmar que una conducta es (o debería ser) delictiva. Esto no pretende ser una definición de “delito” o un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para la identificación normativa de una conducta como delictiva; de hecho, de nuestro argumento se desprenderá que podríamos formular un concepto de delito que carezca de alguna de estas características. Más bien, se pretende que sea una forma de proporcionar un enfoque más claro para

¹⁶ Ver *supra* nota 10; Hulsman, Louk, “Criminal Criminology and the Concept of Crime”, 10 *Contempt. Crises* 63, 1986.

las discusiones que necesitamos si queremos indagar sobre qué tipos de conductas deben ser “criminalizadas”.

En primer lugar, el delito implica una conducta disvaliosa: lo que podríamos llamar una conducta socialmente vedada. Es decir que el delito no es únicamente una conducta que se contrapone con ciertos valores defendidos por otros miembros de la comunidad, podemos desaprobamos varios tipos de conductas sin pensar que tenemos el derecho o el estatus para afirmar que otros no deberían incurrir en ellas. Ahora bien, creer que cierto tipo de conducta debe constituir un delito es creer, cuanto menos, que es una conducta que debe ser vista como negativa por la comunidad: debe ser un asunto sobre el cual la sociedad debe tener un punto de vista compartido y público, y afirmar autoridad normativa sobre sus miembros.¹⁷ Esta es una de las dimensiones de la distinción entre “lo público” y “lo privado”. Algunos tipos de conductas deben formar parte de la esfera individual, como asuntos de la vida privada o de la conciencia privada, sobre los cuales aceptaría consejos o críticas de mis amigos o familiares, pero sobre los cuales la comunidad a la que pertenezco no tiene derecho a decirme qué debería hacer. Otros tipos de conducta, incluidas aquellas que pueden darse en un ámbito privado, como golpear a mi cónyuge, no son asuntos privados: la comunidad reclama el derecho, por ejemplo, de afirmar que la golpiza a un cónyuge está mal.¹⁸

Estos valores sociales y públicos no necesitan estar expresados en normas institucionalizadas. Puede que no sea necesario en comunidades pequeñas con cierto grado de consenso normativo. Sin embargo, pueden expresarse en la clase de reglas formales que se encuentran en un sistema legal, y este es un aspecto básico del derecho penal: declara

¹⁷ Este aspecto del delito, que debe incluir conductas que no solo son malas, sino malas en un sentido que coloca a la comunidad en posición de prohibirlas y castigarlas, plantea interrogantes importantes que no profundizaremos en este trabajo pero que puede seguirse en: Duff, Antony, “Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability”, 18 *Oxford J. of Legal Studies*, 1998.

¹⁸ Aquí y a lo largo del trabajo, nos referiremos a “la comunidad” en lugar de “el Estado”, suponiendo que (idealmente) este último debería representar y servir a la comunidad: una presunción que claramente plantea grandes problemáticas tanto sobre la naturaleza del Estado como sobre las condiciones para la existencia de una comunidad a la que este debería servir.

normas que ejercen autoridad sobre todos los miembros de la comunidad. Estas normas pueden ser *mala in se* (acciones que pueden verse como negativas independientemente de estas normas sociales) o *mala prohibita* (acciones que constituyen ofensas porque violan una regla social aceptada que defiende algún bien común).

En segundo lugar, en la medida en que un delito implica una ofensa (excluyendo todas las conductas sobre lo que significa “hacer” y si todo delito debe o debería implicar un “hacer”), también requiere de un ofensor, alguien que no hace lo correcto y que puede ser considerado responsable por ello. El delincuente no necesariamente es un individuo: pueden serlo, por ejemplo, las empresas (y deberíamos estar más preparados para verlos como tales).¹⁹ Un delito exige un sujeto activo, que es (y que puede ser considerado) responsable por el hecho: a quien la comunidad puede llamar para que responda por ese mal.

Considerar que un delito implica una mala conducta realizada por un agente responsable (presuntamente) parece no aportarnos demasiado, pero permite identificar algunas ideas importantes. Nos recuerda que los delitos no son solo *acontecimientos* indeseables que una sociedad desearía prevenir, ni son simplemente “conflictos” que deben ser resueltos.²⁰ Creer que debería existir el derecho penal implica, cuanto menos, creer que hay ciertos tipos de conducta que la comunidad debería declarar con autoridad que están mal (tales declaraciones permiten consolidar, por así decirlo, las relaciones jurídicas que unen a sus miembros)²¹; y que existen ciertos tipos de malas conductas por las que los agentes pueden ser responsables.

Sin embargo, ¿cuál debe ser la respuesta de la comunidad ante quien rompe estas reglas?²² El hecho de que deba existir *alguna* respuesta se

¹⁹ Ver Wells, Celia, *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

²⁰ Ver *supra* nota 10; “Abolitions”, *supra* nota 12.

²¹ Para contrastar algunos abolicionistas que se oponen a cualquier “imposición” de valores: ver *e.g.* Bianchi, Herman, “Abolition: Assensus and Sanctuary” en Bianchi, Herman y van Swaaningen, René (eds.), *Abolitionism: Towards a Non-Repressive Approach to Crime*, Ámsterdam, Free University Press, 1986, p. 113; también hemos escuchado que Christie y Hulsman hablan en esos términos.

²² Otra característica que identifica al delito es que la ley puede autorizar el uso de fuerza para prevenir el delito pero no para prevenir un ilícito civil. (ver

desprende de la conceptualización de “delito” como el incumplimiento de una norma imperativa de la comunidad; tomar en serio tales normas, desaprobar las conductas que las incumplen, implica estar listos para responder a los incumplimientos; ignorar estas violaciones significa admitir que no tomamos en serio la norma ni los incumplimientos. Pero surgen ahora dos tipos de preguntas. La primera se enfoca en los resultados: ¿debería el infractor ser susceptible de reprobación, de reparación a quienes haya perjudicado, o de castigo (en cualquier sentido)? La segunda se centra en el proceso: ¿mediante qué tipo de procedimiento deberían determinarse estas consecuencias? Esto genera la problemática de la justicia “informal” contra la “formal”.²³ Además, una cuestión más crucial para nuestro objetivo lo trae el problema del proceso penal versus el proceso civil. En lo que queremos enfocarnos aquí es en quién controla este proceso: ¿la víctima o la comunidad?

El modelo civil coloca a la víctima en cabeza del proceso. Es la denunciante que inicia el proceso en contra del individuo que, según alega, le causó un mal. Es quien debe impulsarlo o desistirlo. Esto no significa que la comunidad no juega ningún rol. Establece las normas en las que se basa la víctima para sostener que le causaron un daño; proporciona la estructura institucional a través del cual su caso será resuelto, el árbitro o el juez que ayudará a resolver el caso o dictar una decisión vinculante, como así también los mecanismos de ejecución para asegurar que el presunto infractor cumpla con la decisión; también puede brindar asesoramiento y recursos para asistir a la demandante en el impulso del proceso. No obstante, es aún la víctima quien está a cargo: le corresponde a ella decidir si el caso se inicia y se impulsa, y si debe ejecutarse la decisión. No se considera que esta tenga un *deber* de iniciar el proceso. Más aún, las razones por las cuales la víctima podría decidir no iniciar el proceso permanecerán como privadas y podrían ser arbitrarias.

e.g., *Criminal Law Act 1967* (U.K.), c. 58, s. 3(1); American Law Institute, *Model Penal Code*, s.3; Código Penal Canadiense, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 27). No discutiremos esto aquí, excepto para señalar que la pregunta sobre qué tipos de conductas deben tipificarse como delito también involucra, en parte, cuáles son las conductas que pueden prevenirse mediante el uso de la fuerza.

²³ Ver *supra* nota 13.

El modelo penal coloca a la comunidad (al Estado) a cargo. El caso es investigado por la policía; los cargos son interpuestos por la Reina, el Pueblo o el Estado;²⁴ si se inicia, y hasta donde se llega, depende de la autoridad acusatoria; no le corresponde a la víctima decidir sobre la ejecución de ninguna decisión. En la práctica, pueden darse casos en que solo se investiga si la víctima formula la denuncia ante la policía. Se pueden interponer cargos, y el caso puede avanzar solo si el denunciante está dispuesto a que así sea; si no lo está, la autoridad fiscal podría abandonar el caso, quizás por respeto a los deseos de la víctima o bien porque no podría impulsarse el caso sin su cooperación. En tales casos, a diferencia de los casos “civiles”, se puede argumentar que la víctima tiene un deber de cooperación. No tenemos espacio aquí para discutir este planteo, pero requeriría considerar ideas de ciudadanía y responsabilidad para con la comunidad. Ahora bien, aun cuando un caso es descartado por estas razones, sigue sin pertenecer a la víctima: la comunidad puede hacerse cargo, impulsándolo o descartándolo en contra de su voluntad. Así, hay presentes dos aspectos del modelo penal. Por un lado, la víctima recibe mayor apoyo de la comunidad de lo que podría obtener en un modelo civil: no está librada a presentar el caso por sí misma. Pero, por otro lado, pierde el control: deja de pertenecerle para poder decidir si impulsarlo o no según su voluntad.

La pregunta acerca de qué tipo de resultados puede acarrear el proceso está, en buena medida, separada de la cuestión relativa a quién lo controla. El proceso “civil” podría conducir a una censura o una indemnización; podría llevar también a (cierto tipo de) castigo, en la medida en que se permiten “daños punitivos”, que van más allá de la indemnización pretendida por el daño causado al demandante. El modelo “penal” no necesariamente conduce a un “castigo”, en la medida en que sea entendido como algo diferente de la reprobación o la indemnización. Parece razonable que el proceso “civil” tienda a una

²⁴ El “Pueblo” o el “Estado” (o el “Commonwealth”, como en algunos estados de Estados Unidos) parecería ser una forma más apropiada que “la Reina” de expresar el rol de la comunidad al presentar un caso: aunque aquí no podemos discutir este punto, plantearíamos que aquellos que quieren verse como ciudadanos de un sistema político en lugar de meros súbditos a un monarca, ciertamente debería preferir otra alternativa frente a “la Reina”.

indemnización dirigida a compensar a la víctima en lugar de un castigo. En la medida en que el castigo sea entendido como una cuestión de disuasión, incapacitación, reforma o rehabilitación; en la medida en que sea impuesto en beneficio de (y en nombre de) la comunidad, la víctima puede razonablemente cuestionar que no debería depender de ella impulsar el caso para favorecer a la comunidad, sino que es aquella la que debería perseguir esos fines. No obstante, pensamos que no es tan “natural” que los procesos penales deban conducir a un castigo: debería depender de nuestra concepción del castigo y de las razones por las cuales consideramos que el proceso penal resulta adecuado para cierto tipo de casos.

Que la respuesta ante una conducta socialmente prohibida conlleve censura parecería bastante evidente. Le debemos a la víctima tomar con seriedad el mal que ha sufrido; también le debemos al infractor, en tanto miembro de la comunidad, una respuesta honesta y seria frente al mal cometido.²⁵ Pero incluso si eso es correcto, en virtud del carácter social y la importancia de las normas infringidas, tal censura debería fundarse en (y ser administrado por) un proceso más o menos formal (en lugar de dejarse a merced de las reacciones individuales de la víctima y los demás), sin que esto implique que deba someterse a un proceso penal o que deba acarrear un castigo. Podría hacerse mediante un proceso civil; y mientras uno pueda sostener que la reprobación es un tipo de castigo, la clase de castigos que implican un “trato cruel”, impuestos por nuestro sistema jurídico, no pueden justificarse simplemente sobre la base de que ese es el único modo de asegurar que la censura sea eficazmente comunicada.²⁶

Considerar que las víctimas que han sido dañadas deberían, en lo posible, recibir alguna forma de reparación, también parece eviden-

²⁵ En relación con el significado y la importancia de la censura, ver von Hirsch, Andrew, *Censure and Sanctions*, Oxford, Oxford University Press, 1993, especialmente el capítulo 2; y Duff, Antony, “Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment”, 20 *Crime and Justice* 1, 1996, pp. 31-57.

²⁶ Sobre “tratos crueles” ver Feinberg, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, en Feinberg, Joel, *Doing and Deserving*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1970, p. 95. Para dos explicaciones distintas sobre cómo puede justificarse el castigo como función (primaria) de expresión de censura, ver von Hirsch, Andrew, *ibid.* en capítulo 2; Duff, *ibid.* en pp. 45-57.

te, al menos cuando la indemnización puede considerarse realmente como restaurativa o reparadora a pesar de que, en cierta medida, esto deje abiertas las preguntas acerca de qué tipo de males pueden ser reparados,²⁷ o qué clases de reparaciones son adecuadas para cada tipo de ofensa (por ejemplo, ¿la indemnización por daños es realmente adecuada en casos de difamación?), o si esa indemnización debería ser pagada, directa o indirectamente, por el ofensor. No obstante, la reparación puede obtenerse tanto por medio de un juicio civil como penal (los tribunales ingleses en las sentencias penales pueden ordenar indemnizaciones pecuniarias);²⁸ y el castigo es distinto de la indemnización (aunque en los procesos penales pueden ordenarse indemnizaciones²⁹ y los civiles pueden aplicar daños punitivos), ya que, además de expresar censura, es decididamente doloroso u oneroso (a diferencia de la reparación que solo es contingentemente onerosa).

La implicancia definitiva –aunque escindible– de la criminalización es, por consiguiente, que los delitos se castigan: preguntar qué tipos de conductas deberían ser criminalizadas implica preguntar, en parte, qué conductas deberían acarrear un castigo en lugar de una mera reprobación o la responsabilidad de indemnizar pecuniariamente (aunque cualquier respuesta a esta pregunta, también, depende de nuestra propia teoría acerca del castigo).

Ahora bien, resulta tentador tomar la pregunta acerca del castigo como la pregunta fundamental (si no la única) sobre la criminalización: suponer que la diferencia esencial entre los delitos penales e ilícitos civiles es que los primeros acarrear un castigo, y preguntarse qué tipos de conducta deberían criminalizarse significa, esencialmente, preguntarse qué tipos de conducta deberían ser amenazadas con y sometidas a un castigo. Sin embargo, nuestra discusión sobre los distintos aspectos del concepto de delito debería haber demostrado que este razonamiento es incorrecto.

²⁷ Ver Goodin, Robert E., “Theories of Compensation” en Frey, Raymond y Morris, Christopher (eds.), *Liability and Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 257.

²⁸ Ver Ashworth, Andrew J., *Sentencing and Criminal Justice*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1992, pp. 249-252.

²⁹ Ver, en términos generales, Ashworth, Andrew J., “Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the Stat”, 6, *Oxford J. of Legal Studies*, 1986, p. 86.

Sostener que ciertas conductas deben ser criminalizadas implica afirmar lo siguiente: que deben estar prohibidas y ser castigadas a través de una norma, siendo un tipo de conducta a la cual podemos atribuirle un responsable, que amerita la censura de la comunidad, que resulta adecuado responder a ella o solucionarla con un proceso penal y no con uno civil, que debería hacer merecedor a quien la comete de un castigo en lugar de una censura formal o un deber de reparar. Sin embargo, mientras que sostener que ciertas conductas deberían ser criminalizadas por nuestros sistemas jurídicos significa plantear todas estas afirmaciones, parte de nuestro interés en separar los aspectos del concepto de delito radica en mostrar que uno podría hacer una de estas afirmaciones sin realizarlas todas. Nuestro objetivo ha sido también mostrar que los distintos aspectos del concepto acarrear diferentes problemas. Debemos preguntarnos qué tipo de conductas merecen una prohibición social, un proceso penal, y un castigo y no podemos presuponer que las respuestas a estas preguntas serán todas iguales, o que las consideraciones relevantes para responder cada una de ellas serán simplemente las mismas.

En la sección siguiente, nos centraremos en la distinción entre el proceso civil y el proceso penal, ya que consideramos que esto trae un interrogante fundamental sobre la criminalización: sostendremos que al preguntarnos por qué ciertas conductas deben ser tratadas mediante un proceso penal en lugar de uno civil, podemos ver la relevancia crucial de la noción de bien “común” o “público”, incluso para la criminalización de ataques a bienes jurídicos individuales.

3. Males compartidos

Tomemos a la violación como ejemplo. ¿Por qué violar debería ser un delito? Podemos coincidir en que debería estar socialmente prohibida y ser condenada. No es un asunto “privado” en el cual la comunidad no tiene un interés propio (y la ley inglesa ha reconocido, recientemente, que esto aplica incluso en el supuesto de una violación intra-matrimonial);³⁰ ni tampoco la víctima de la violación se encuentra simple-

³⁰ Ver *R v. R*, [1991] 4 All ER 481, *supra* nota 4, pp. 452-453.

mente envuelta en un “conflicto” con su atacante que deba “negociar” y resolver: dejando a un lado los casos problemáticos que están en el límite con la violación, deberíamos decir que la violación es un mal no negociable que así debe ser declarado por la comunidad. Esto tiene que ver, en parte, con la gravedad del daño causado por la violación tanto el daño contingente a la violación como el daño intrínseco a ella. También tiene que ver con la idea de que no es difícil para un hombre “razonable” abstenerse de violar (de hecho, que ningún hombre “razonable” debería necesitar *abstenerse* de violar); y que cualquier mujer debería poder esperar, con seguridad, no ser atacada durante el desenvolvimiento de su vida normal. Decir que la violación debería ser un delito es, al mismo tiempo, decir que los violadores son (presumiblemente) responsables por sus acciones, pasibles de ser llamados a responder por ello y castigados: todo aquello que podamos decir sobre las formas de estructura social y las actitudes que fomentan que los hombres vean a las mujeres como meros objetos sexuales y, por lo tanto, fomentan la violación, no obsta la voluntad culpable y responsabilidad individual del violador.

Pero ¿por qué la violación debería ser tratada por un proceso “penal” en lugar de por uno “civil”? ¿Por qué la violación no podría ser definida simplemente como una ofensa civil, para que, de esa forma, la víctima traiga el caso por sí misma (si y solo si lo desea) contra su atacante? Parte de la respuesta será que el violador debe ser castigado, en lugar de quedar obligado al pago de una compensación a su víctima y debemos preguntarnos por qué pensamos así. Pero creemos que hay más que eso, y ese “más” tiene que ver con el tipo de interés que la comunidad, como un todo, debería tomar frente a esa mala conducta, como sostendremos, en el sentido de que la comunidad debería ver al mal cometido contra la víctima como un mal cometido contra “nosotros”-.

Claro está que, incluso si previéramos a la violación solo como una ofensa civil, se presentan diferentes posibilidades. Por un lado, buscar recursos y presentar e impulsar el caso estaría a cargo de la víctima: la comunidad provee la estructura (el tribunal civil) para que ella pueda hacerlo, establece las normas sobre las cuales ella se basa, y ejecutar la decisión; pero no le será ofrecida ninguna ayuda adicional. El primer paso hacia una mayor participación de la comunidad, es decir que la sociedad debería, cuanto menos, ofrecerle también recursos (consejos, ayuda para identificar su agresor y recolectar evidencia, asesoramiento jurídico...) para ayudarla a presentar el caso. Si nos preguntamos por qué esto debería ser así, podemos referirnos de nuevo a la gravedad

del daño que ha sufrido. También podemos decir que hay más razones para ofrecer esa ayuda cuando el mal o el daño que han sufrido los ciudadanos no es uno que pareciera ser consecuencia de un riesgo creado voluntariamente, o uno que deberían estar dispuestos a correr (sujeto a un derecho a compensación si este es realizado) como parte de sus vidas cotidianas. Es decir, hay ciertos tipos de daños que deberíamos poder prever categóricamente para estar a salvo de ellos, y si sufrimos tal daño debemos, al menos, esperar que la comunidad nos ayude a perseguir a quien lo causó.

Quizá es la propia naturaleza de este requisito la que hace la diferencia aquí, y nos lleva a un proceso “penal” más que a uno “civil”. En un caso civil, hay lugar para la idea de “culpa concurrente”: el defendido puede admitir que causó el daño, de forma culpable, pero alegar que la parte actora también tuvo culpa y, por lo tanto, debe asumir parte del costo. Ahora bien, en ocasiones, los jueces se han referido de manera explícita, o más menudo, implícita a la “culpa concurrente” de la víctima de la violación: la culpabilidad del violador (y también su condena), se ve reducida por el hecho de que la víctima se puso en peligro a sí misma, o actuó de una forma que incrementó el riesgo de ser violada. Claramente, también es cierto que algunas conductas – cómo se viste, a dónde va, cómo se comporta– crean o aumentan el riesgo de que una mujer sea violada, y sus amigos podrán decirle que es estúpida por comportarse así, o criticar su moral si con su conducta pretende estimular deseos sexuales o incentivar las expectativas de relaciones sexuales en un hombre con quien no tiene intención de tenerlas. Análogamente, podríamos criticar a los habitantes de una casa que “incentivan” al ladrón dejando sus casas desprotegidas, o al dueño de un auto quien también lo “incentiva” dejando cosas de valor a la vista, sin trabas. Pero, sin dudas, no creemos que esto reduzca la culpabilidad del ladrón o violador: sostenemos que esas personas deben abstenerse categóricamente (y deberían ser capaces de abstenerse, incluso si estuvieran tentados de hacerlo) de esas ofensas, aun cuando la víctima lo hizo posible o los provocó a cometer tal ofensa.

Pero en el proceso penal hay más que esto. Todavía tenemos que preguntarnos por qué la sociedad no debe simplemente ofrecer asistencia a una víctima que quiera iniciar un juicio civil contra su agresor, sino también tomar el caso. ¿Equivale esto a “apropiarse” de su “con-

flicto”³¹ o hay razones por las cuales el caso debería convertirse en uno de la comunidad (“nuestro”) en vez de ser solo de la víctima? Hemos notado la insuficiencia de ciertas respuestas a este interrogante: algunas recurren a un bien “público” distinto al de la propia víctima y, por lo tanto, fallan al hacer justicia en el mal que *ella* sufrió:³² ese mal debe, sin duda, integrar la justificación para criminalizar la violación y para someter al violador a un proceso penal.

Sin embargo, podemos ofrecer una explicación más plausible para afirmar que la violación es un mal contra la comunidad, que no implica ignorar o denigrar el mal que sufrió la víctima. Pensemos cómo un grupo de mujeres podría responder frente a un ataque sexual contra una de ellas (o cómo un grupo étnico consciente de sí mismo podría responder a un ataque racista dirigido a uno de sus miembros). Lo verían como una ofensa colectiva, no simplemente individual (como un ataque contra *ellos*), en la medida en que se asocian y se identifiquen a sí mismos con la víctima. Se definen como un grupo, en términos de cierta identidad común, valores compartidos y preocupación mutua –y peligros compartidos, que las amenazan a todas: un ataque a un miembro del grupo es, por lo tanto, un ataque al grupo– acerca de sus valores y su bien común. El mal no deja de ser el mal de la víctima: pero también es “nuestro” en cuanto nos identificamos con ella. El punto no solo es que nos damos cuenta de que otros miembros del grupo también son vulnerables a esos ataques, ni que queremos advertir a otros potenciales agresores que no pueden atacar impunemente a los miembros del grupo (a pesar de que el sentimiento de que cualquiera de nosotros podría ser atacado y el deseo de defender a todos los miembros del grupo están claramente relacionados). Lo cierto es que el ataque a esta víctima particular también es en sí mismo un ataque contra nosotros: a ella como miembro del grupo y a nosotros como compañeros.

De este modo, un grupo puede “compartir” los males que sufre cada uno de sus miembros, en la medida en que se defina e identifique como una comunidad unida por una preocupación mutua, por valores e intereses genuinamente compartidos (que es distinto a simples coincidencias), y por el entendimiento común de que los bienes jurídicos de sus

³¹ Ver *supra* nota 10 y el texto que la acompaña.

³² Ver *supra* notas 14-15 y el texto que las acompaña.

miembros (y su identidad) están vinculados con la pertenencia a la comunidad. Los males cometidos contra miembros de la comunidad son, así, males cometidos contra la comunidad toda, son lesiones a un bien común o compartido y no a un mero a un bien individual. Para nosotros, esto proporciona una perspectiva apropiada desde la cual podemos entender la importancia de un proceso “penal” en lugar de uno “civil”. Supongamos que entendemos una comunidad política no solo como un conjunto de individuos separados que están unidos entre sí por un contrato social imaginario, sino como una comunidad en este sentido (que es lo que implica el marco comunitarista de nuestro argumento): supongamos que los ciudadanos se ven (o deberían verse) entre sí como unidos de una manera similar al grupo de mujeres o del grupo étnico mencionado en el párrafo anterior (aún si esos vínculos pudieran ser menos estrechos). Podemos ver, entonces, cómo los males cometidos contra ciudadanos particulares pueden entenderse como males compartidos, como males contra toda la comunidad, en la medida en que los bienes individuales que son atacados sean bienes en los términos en que la comunidad se identifica y se comprende a sí misma.

Desde esta perspectiva, podemos comenzar a vislumbrar por qué la comunidad debería presentar el caso “en nombre de” la víctima individual, en lugar de dejar que lo haga por sí misma, y por qué a veces puede *insistir* en llevar el caso, incluso si aquella no tiene voluntad de hacerlo. Porque, así como podemos decir que le debemos a la víctima asociarnos a ella (para tomar su ofensa como propia), podemos decir, también, que ella nos debe el reconocimiento de que la ofensa fue cometida tanto contra ella como contra nosotros. Esto no significa que la resolución del caso deba ser un *castigo* en lugar de una censura, una disculpa o una compensación, y señalamos anteriormente que justificar un proceso “penal” en lugar de “civil” no conlleva necesariamente justificar una solución punitiva, pero también creemos que el castigo debe ser entendido en los términos de la relación del ofensor tanto con la víctima como con la comunidad.³³

Si esto es así, nos sugiere que los delitos penales (a diferencia del ilícito civil) deberían, en efecto, ser vistos como una ofensa “pública”, en contra de la comunidad (porque si no son públicas no es claro por

³³ Ver Duff, *supra* nota 25.

qué deberían ser canalizadas por un proceso penal en vez de uno civil). Pero también demuestra cómo las ofensas cometidas contra los individuos, ataques a sus *Rechtsgüter*, pueden ser entendidas, simultáneamente, y en virtud de sus caracteres de ofensa contra individuos, como perpetradas contra la comunidad a la cual pertenece el individuo. Al hacer “nuestro” el mal sufrido por la víctima de la violación en lugar de que sea meramente “suyo”; al entenderlo así como un ataque a “nuestro” bien, y no solo a su bien individual, no *apartamos* nuestra atención del mal que ella ha sufrido para llevarla hacia algún bien “público” distinto. Más bien, *tomamos parte* en el mal que ha sufrido: no es “nuestro” mal *en lugar* del de ella; es “nuestro” mal *porque* es un mal contra ella, como uno de nosotros, como miembro de nuestra comunidad cuya identidad y cuyo bien se encuentra dentro.

Podría objetarse que los contenidos del *Rechtsgüter* individual que (como parece claro) el derecho penal debería proteger, bienes como la vida, la libertad, la propiedad y salud, resisten nuestro intento de “colectivizarlos”. Por su propio contenido, indefectiblemente, son intereses *individuales* irreductibles. Pero no queremos negar que son intereses y bienes de individuos, ni tampoco que los sujetos, sus bienes e intereses son importantes: todo lo contrario. Nuestro argumento radica más bien en la forma en que debe entenderse esa “importancia”: si es para proporcionar una base para una distinción entre el derecho penal y el derecho civil, y una razón para someter ciertos tipos de ofensas contra individuos a un proceso “penal”; así, este planteo también se refiere a la forma en que debemos entender al “individuo” en relación con, y como miembro de la comunidad en general.

Lo que queremos evitar aquí es una ontología moral o política atomista que tome a los “individuos” y sus bienes de manera aislada—como algo previo a su pertenencia a una comunidad— en favor de una visión holística de los sujetos que encuentre sus identidades y sus bienes a partir de las relaciones con los demás. En particular, en el contexto de las discusiones del derecho penal, en sus relaciones como ciudadanos de una comunidad política. Cualquier posición respecto del concepto de delito y del alcance y objetivos del derecho penal debe, según nuestra visión, estar basada en una teoría política (en el sentido más amplio del término). La teoría política en la que quisiéramos basarnos, y de la que depende la idea de comunidad involucrada en nuestro argumento, es una versión del “republicanismo cívico” esbozada por Charles Taylor: “[E]l lazo de solidaridad con mis compatriotas en

una república funcional se basa en una suerte de destino compartido, donde el hecho de compartir es en sí mismo valioso. Esto es lo que le da a este vínculo su especial relevancia, lo que hace que mis lazos con estas personas, y por lo tanto con esta empresa, sean especialmente profundos, lo que anima mi ‘virtud’ o patriotismo”.³⁴ Así, los ciudadanos de una república encontrarán sus bienes individuales dentro de esa comunidad republicana, y verán los ataques a los bienes fundamentales de sus conciudadanos como lesiones a esa comunidad; compartirán los males de tales ataques.

Esto no pretende definir qué tipos de conducta deben ser criminalizadas, sino que es para mostrar qué debemos preguntarnos al pensar qué tipo de conductas deben ser criminalizadas. Debemos preguntarnos, en parte, qué tipos de males deben ser vistos como contra “nosotros”; y esto es preguntarnos qué valores son (qué valores deberían ser) tan centrales para la identidad de una comunidad y su propio entendimiento y para la concepción del bien de los miembros que la integran, como para que las acciones que atacan o burlan esos valores no sean simplemente asuntos individuales en los que la víctima debe actuar por sí misma, sino que atacan a la comunidad.

4. Comentarios finales

El argumento de este trabajo pretende ser un prolegómeno. No hemos tratado de decir qué tipo de conductas deberían ser criminalizadas, y deliberadamente, hemos elegido como ejemplo central en la sección anterior un ejemplo obvio y paradigmático de algo que, sin duda, debería ser un delito, si es que acaso algo debería serlo. Es evidente que queda un largo camino por recorrer antes de que podamos empezar a sacar conclusiones concretas de lo que hemos sugerido aquí.

Esperamos, sin embargo, que este debate pueda ayudar a mostrar la dirección en la que deberían continuar los debates más específicos sobre la criminalización, y a proporcionar un marco de trabajo dentro del que tales discusiones deberían ser dadas, aclarando los tipos de preguntas que debemos formular. En lugar de preguntar directa y sim-

³⁴ Taylor, *supra* nota 8, p. 170.

plemente qué tipos de conductas podrían o deberían ser criminalizadas, podemos formular, de manera más útil, los tipos de preguntas más específicas indicadas anteriormente, enfocadas en aspectos más particulares del concepto de delito y sugerimos que una pregunta central debería ser la de qué tipos de males deben ser vistos como males “públicos” o “compartidos” en el sentido indicado anteriormente.

Un comentario final sobre la metodología. Los debates sobre la criminalización –al igual que otras discusiones normativas– en muchos casos acuden a la búsqueda de principios: criterios generales articulados con los cuales podemos decidir casos individuales (lo que no quiere decir que podamos encontrar un único principio –o un conjunto de estos– mediante el cual seamos capaces de determinar qué tipos de conductas deberían ser criminalizadas). Lo que hemos dicho aquí, ciertamente, está muy lejos de articular tales principios: pero no estamos seguros de que ese sea el objetivo. Sería mejor que tomáramos en serio el comentario de John Wisdom de que “en el terreno de la razón, al final, siempre se recurre a los casos”.³⁵ Es decir, que nuestra discusión no debe basarse en la búsqueda de principios generales, sino en ejemplos que podemos suponer que son paradigmáticos o no controvertidos como ejemplos de conductas que deberían, o no, ser criminalizadas. Al examinar detenidamente estos ejemplos, en sus semejanzas (y diferencias) que podamos ver como relevantes, podríamos construir gradualmente una concepción plausible de delito: será complejo y desordenado, pero eso no debería ser algo que nos sorprenda o nos alarme.

³⁵ Wisdom, John, “A Feature of Wittgenstein’s Technique” en Wisdom, John, *Paradox and Discovery*, Oxford, Blackwell, 1965, pp. 90-102; Ver también Wisdom, John, “Philosophy, Metaphysics and Psycho-Analysis” en Wisdom, John, *Philosophy and Psycho-Analysis*, Oxford, Blackwell 1953, pp. 248-254.

Capítulo II

Teoría republicana y castigo penal

Philip Pettit*

Este ensayo es un intento de presentar, en líneas generales, lo que considero que es un ejemplo característicamente republicano de cómo tratar con aquellos que han sido identificados como delincuentes.¹ La discusión se divide en tres secciones. En primer lugar, introduzco la idea –a mi entender– central en la teoría política republicana: una concepción de la libertad que el Estado debería promover, no como no interferencia –no como ausencia de control y restricción–, sino como no domina-

¹ *Traducción del original Pettit, P. “Republican Theory and Criminal Punishment”. *Utilitas*, 9(1), 59-79. Cambridge University Press 1997 realizada por Ágatha Ciancaglini Troller, Ramiro Fihman, Florencia Leguiza, Julieta Nieva, Desiré Salomón y Florencia Palacios. Autorización para la traducción concedida por Cambridge University Press

Me baso en gran medida en John Braithwaite y Philip Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1990 como también en dos artículos relacionados: Pettit, Philip y Braithwaite, John, “Not Just Deserts, Even in Sentencing”, *Current Issues in Criminal Justice*, Vol 4, 1993, pp. 225-139; y “The Three R’s of Republican Sentencing”, *Current Issues in Criminal Justice*, Vol 5, 1994, pp. 318-325.

ción: como la ausencia de exposición a una capacidad de interferencia arbitraria por parte de otro. En la segunda sección, analizo cómo este ideal político nos llevaría a criminalizar ciertos actos, identificándolos como ofensivos hacia el disfrute de la libertad como no dominación de las personas, en tres formas principales. Y luego, en la tercera sección, muestro que la insolencia de esos actos, tal como aparece en el punto de vista republicano, sugiere una línea particular sobre cómo tratar con las personas que han sido condenadas o que han confesado.

La palabra habitual para nuestro modo de tratar con aquellos que han sido identificados como delincuentes es “castigo”. Estoy de acuerdo con esa idea en este ensayo, aunque debo decir que la palabra despierta serias dudas. Preguntar sobre la mejor manera de castigar a los ofensores adecuadamente identificados es, de acuerdo con ciertas formas de entender la palabra, pedir que se formulen preguntas importantes. Para hablar de castigo lo más normal es hablar de un modelo retributivo, y esto puede desviar la atención de la posibilidad de que la mejor manera de tratar a los ofensores no esté en consonancia con las suposiciones retributivas. Continúo hablando de “castigo” en este ensayo, apegándome a la práctica establecida, pero espero que la palabra no distorsione la dirección de la discusión.

I. Teoría Republicana

La manera republicana de pensar el gobierno dominó el pensamiento europeo hasta finales del siglo XVIII, cuando dio paso a la nueva forma de concebir el papel del gobierno que se llegó a describir, inicialmente en un término despectivo, como liberalismo.² Mientras los republicanos insistían en que la libertad de los ciudadanos era un asunto público –más o menos equivalente a la ciudadanía–, los nuevos liberales tendían a pensar en la libertad como algo que existía antes

² Para más información, ver Pocock, John, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Theory and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, 1975 y Skinner, Quentin, *The Foundations of Modern Political Thought*, 2 vols, Cambridge University Press, 1978.

del gobierno, e inclusive que la ciudadanía, y que se consumaba en los ámbitos privados de la familia y de la amistad, el contrato y el comercio.

La tradición de pensamiento republicana que sustituyó al liberalismo tiene una larga historia. Es la tradición asociada con Cicerón en la época de la república romana; con Maquiavelo “el divino Maquiavelo” de los Discursos— y varios otros escritores de la República Italiana del Renacimiento; con James Harrington y un sinnúmero de figuras de menor importancia en y después del periodo de la guerra civil y de la *Commonwealth* Inglesa; y con los muchísimos teóricos de la república o del *Commonwealth*, con el *Commonwealth* de los hombres —como eran llamados frecuentemente— en la Inglaterra del siglo XVIII y en América y Francia. Fueron los pensadores de esta clase los responsables de la publicación de textos como Cartas de Catón y Los Papeles Federalistas.³

Estos pensadores del siglo XVIII incluyen figuras menos radicales como Montesquieu y Blackstone —el autor del famoso comentario sobre las leyes de Inglaterra—, así como los anti-monárquicos responsables de la Constitución de los Estados Unidos y de las numerosas declaraciones que provienen de la Francia revolucionaria. Si tales figuras no buscaban una república política —si estaban contentos con una monarquía constitucional— todavía apoyaban una concepción de la libertad que los vinculaba con la tradición republicana; buscaron lo que podríamos describir como una república judicial. Así, en una inconfundible referencia a Gran Bretaña, muy admirada por él, Montesquieu pudo describirla como “una nación donde la república se esconde bajo la forma de monarquía”.⁴

³ Ver Robbins, Caroline, *The Eighteenth Century Commonwealthman*, Cambridge, Mass., 1959; Raab, Felix, *The English Face of Machiavelli. A Changing Interpretation 1500-1700*, London, Routledge & K. Paul, 1965 y Worden, Blair, “English Republicanism”, en J. H. Burns and M. Goldie (ed.), *The Cambridge History of Political Thought*, Cambridge, 1991, pp. 443-475.

⁴ Ver de Secondat Montesquieu, Charles, en A. M. Cohler, B. C. Miller and H. S. Stone (ed.), *The Spirit of the Laws*, Cambridge, 1989, p. 70.

A. Dos nociones de libertad

La principal diferencia entre los antiguos republicanos y los nuevos liberales, como he señalado en otra oportunidad, es que mientras los liberales generalmente argumentaban que la libertad consistía en la no interferencia, los republicanos asociaban la libertad con un estatus muy distinto, basado en la no dominación: es por eso que pensaban que la libertad equivalía a la ciudadanía. Para ellos, la libertad significa no ser vulnerables a la interferencia de otro, o al menos no ser vulnerables a la injerencia arbitraria: interferencia en la voluntad o en el juicio sin restricciones —el arbitrio— de ese otro.⁵ Las personas no solo deben escapar de las interferencias para ser plenamente libres, según esta concepción, también deben escapar de la exposición a interferencias arbitrarias: deben escapar de la dominación.

Las intromisiones que se consideran como interferencia en ambos enfoques tienen que ser actos intencionales, o al menos actos por los cuales el agente pueda ser considerado responsable.⁶ ¿Deben limitarse tales intromisiones a actos que eliminen determinadas opciones para el agente o deben ampliarse para incluir actos que coaccionen o manipulen al agente a la hora de elegir entre las distintas opciones? Asumiré que para ambas concepciones de libertad la interferencia debe ser entendida de una manera más amplia. Así, la víctima de la interferencia puede ser privada de hacer algo, puede ser amenazada con algún costo extra, como por ejemplo alguna sanción, en caso de hacerlo, o simplemente puede ser sancionada por haber cometido el acto en cuestión.

⁵ Ver Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997. Ver también Pettit, Philip, “Freedom as Antipower”, en *Ethics*, Vol. 106, No 3, 1996, pp. 576-604. En este argumento a favor de la importancia de la noción republicana de libertad, me he sentido muy alentado por el trabajo de Quentin Skinner. Ver, por ejemplo, “The Idea of Negative Liberty”, en R. Rorty, J. B. Schneewind y Q. Skinner (ed.), *Philosophy in History*, Cambridge University Press, 1984. La versión presentada aquí utiliza material de mi “Republican Political Theory”, en A. Vincent (ed.), *Political Theory: Tradition, Diversity and Ideology*, Cambridge, en prensa.

⁶ Ver Miller, David, *Market, State and Community*, Reino Unido, Oxford University Press, 1990, p. 35 y Spitz, Jean F., *La Liberte Politique*, París, 1995, pp. 382-383

La concepción republicana de libertad alude no solo a la noción de interferencia, sino de interferencia arbitraria: interferencia sobre una base arbitraria. ¿Qué hace que un acto de interferencia sea arbitrario? A grandes rasgos, como he indicado, el hecho de que esté sujeto únicamente al arbitrio, a la decisión o al juicio del agente. Un acto de interferencia será no arbitrario en la medida en que esté convenientemente restringido, en particular en la medida en que se vea obligado a satisfacer los intereses de los que sufren la interferencia, de acuerdo con sus ideas sobre esos intereses; si impone ideas o intereses extraños, entonces representará la imposición sobre una base arbitraria.

Mientras que la concepción liberal de la libertad se opone directamente a la interferencia —la libertad es simplemente no interferencia— la segunda concepción modifica esta contraposición de dos maneras. El antónimo de libertad ya no implica una interferencia como tal, sino solo una interferencia arbitraria. Y el antónimo de libertad no requiere una interferencia arbitraria real, sino solo vulnerabilidad frente a alguien con capacidad para hacerlo.

La primera variante produce el efecto de hacer más difícil que alguien pierda su libertad o que la vea reducida, dado que, si un agente interfiere de forma no arbitraria en sus elecciones, eso no ofende como tal a su libertad; cualquiera que sea el daño que cause la interferencia, la no-arbitrariedad es suficiente para asegurar que su libertad no se vea comprometida. Pero la segunda variación tiene el efecto contrario, que es generar que sea más fácil, no más difícil, que alguien sufra una pérdida de libertad. Porque significa que si un agente tiene la capacidad de interferir en cualquiera de sus elecciones, entonces eso en sí mismo compromete su libertad; sufre una pérdida de libertad incluso si la otra persona no ejerce realmente su capacidad de interferencia.

B. Perder la libertad como no dominación se torna más difícil

Este efecto marca una diferencia en la forma en que la ley influye en la libertad bajo las dos nociones. Un régimen jurídico, al ser necesariamente coercitivo, implica una interferencia sistemática: todas las personas viven bajo la amenaza de una sanción legal por infringir la ley. Así, bajo la concepción liberal de la libertad, un régimen jurídico compromete sistemáticamente la libertad de las personas, incluso si la consecuencia de la puesta en marcha del régimen es que se produzcan

menos interferencias en general. La subordinación a la ley, en y para sí misma, representa una pérdida de libertad.

Sin embargo, según la concepción republicana, el sometimiento a la ley no tiene por qué representar un compromiso de libertad para cualquiera que viva bajo ella, siempre y cuando –y, por supuesto, esta es una gran condición– la elaboración, la interpretación y la aplicación de la ley no sea arbitraria: suponiendo que la coerción legal en cuestión esté limitada por los intereses y opiniones de los afectados. La condición es que el régimen jurídico represente un Estado de Derecho justo y que se imponga de forma tal que cualquier individuo o grupo agraviado pueda, según sus propios criterios, ser oído y tenido en cuenta con relación a si una ley supuestamente objetable representa la imposición de intereses o ideas ajenos, una forma de imposición que posibilite la discusión en términos democráticos.

En consonancia con el hecho de que un régimen de coerción y restricciones legales no compromete por sí mismo la libertad, este puede tener el mismo efecto que cualquier obstáculo natural, de limitar las opciones de las que disponen las personas, o hacerlas más costosas. Y tal limitación de la libertad representa una grave intromisión. Bajo esta forma de limitación, los ciudadanos comunes no tienen la libertad de comportarse de forma ilegal, y los ciudadanos que son condenados a una sanción legal no tienen la libertad de hacer cosas que, en otro escenario, serían completamente legales: los presos no tienen la libertad de desplazarse como desean y los que son multados no tienen la libertad de gastar su dinero como quisieran.

Los partidarios de la libertad como no interferencia no consideran a los obstáculos naturales como factores que comprometen la libertad –porque no son de ninguna manera intencionales–, pero sí admiten que tales obstáculos afectan el margen de elección sobre el que puede ejercerse la libertad como no interferencia. Podríamos hacer la distinción de que los obstáculos condicionan la libertad, pero no la comprometen.⁷ Los partidarios de la libertad como no dominación corren el

⁷ Cuando los defensores de este ideal hablan de hacer efectiva la libertad como no interferencia, no solo dejándola como una libertad formal, supongo que a menudo tienen en mente eliminar o reducir los obstáculos que condicionan el ejercicio de la libertad como no dominación: ampliando el abanico de posibi-

foco de este límite entre los factores comprometedores y los condicionantes, en el sentido de que la interferencia asociada a un Estado de Derecho justo y democrático condiciona la libertad de las personas como si se tratara de un obstáculo común y, por lo tanto, asegura que no sean libres de hacer distintas cosas, incluso aunque no comprometa esa libertad.

Hobbes y Bentham son los grandes defensores de la idea de que la ley en sí misma representa un compromiso de libertad. “Frente a la coerción ejercida por un individuo sobre otro, no se puede dar libertad a un hombre sino en la medida en que se le quita a otro. Todas las leyes coercitivas, por lo tanto... y en particular todas las leyes que generarían libertad son, en su propia medida, derogatorias de la libertad”.⁸ O como lo había dicho Hobbes: “La Libertad del Sujeto yace, por lo tanto, solo sobre aquellas cosas que, al regular sus acciones, el Soberano ha permitido previamente”.⁹

Pero Hobbes y Bentham rompían deliberadamente con la tradición republicana al adoptar esta línea; redefinen intencionalmente la libertad como no interferencia y reformulan la relación entre la libertad y la ley. Esa tradición fue defendida en un principio por James Harrington, quien argumentó que Hobbes estaba confundiendo la libertad de la ley con la libertad propiamente dicha: la libertad ante la ley.¹⁰ John Locke tomó el lado de Harrington, adoptando la “libertad del Poder Absoluto y Arbitrario” como algo esencial¹¹ y presentando la ley, esencialmente, como parte de la libertad: “que mal merece el nombre de confinamiento, que solo sirve para protegernos de pantanos y precipicios... el fin de la Ley no es eliminar o restringir, sino preservar y ampliar la libertad”.¹² William Blackstone representa la ortodoxia del siglo XVIII a la vez que

lidades de elección disponible para las personas.

⁸ Bentham, Jeremy, “Anarchical Fallacies”, en J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edimburgo, Vol. 2, 1843, p. 503.

⁹ Hobbes, Thomas, *Leviathan*, C. B. MacPherson (ed.), Harmondsworth, 1968, p. 264.

¹⁰ Ver Harrington, James, *The Commonwealth of Oceana and A System of Politics*, J. G. A. Pocock (ed.), Cambridge, 1992, p. 20.

¹¹ Locke, John, *Two Treatises of Government*, Peter Laslett (ed.), Nueva York, 1965, p. 325.

¹² *Ibid.*, p. 348

sigue la misma línea: “las leyes, cuando se formulan con cautela, no son de ninguna manera destructoras sino más bien introductorias de la libertad; pues (como bien ha observado el Sr. Locke) donde no hay Derecho no hay libertad”.¹³

Para Hobbes y Bentham, la diferencia entre las dos nociones de libertad respecto de sus posturas frente a la ley era de gran importancia. La postura de que todas las leyes comprometían la libertad de las personas permite a Hobbes resistir las críticas que anticipa de los republicanos, es decir que su Leviatán era totalmente contrario a la libertad, y que constituía una regla arbitraria distinta de una regla de Derecho: una regla arbitraria distinta de la visión republicana de un “imperio de las leyes, y no de los hombres”.¹⁴ Y la misma opinión permitió a Bentham y a sus amigos que se oponían a la causa americana en la década de 1770 argumentar en contra de la crítica de que, dado que el parlamento británico no se veía limitado por las leyes que aprobaba para el gobierno de las colonias americanas —ya que no estaba limitado de la misma manera que en el Reino Unido— esas leyes representaban una injerencia arbitraria en la vida de los norteamericanos y comprometían su libertad.¹⁵ Hobbes podría argumentar que el Leviatán no fue peor que el *Commonwealth* en relación con la libertad de los sujetos, ya que toda ley compromete la libertad. Y Bentham y sus amigos podrían argumentar, sobre la misma base, que, en lo que respecta a la libertad, a los estadounidenses no les fue peor que a los británicos, según la ley impuesta por el parlamento británico.

C. Perder la libertad como no dominación se torna más fácil

Hasta aquí, contraponer la libertad a la dominación, y no a la interferencia, la hace más difícil de perder. Pero ¿qué ocurre cuando reemplazar este antónimo genera el efecto contrario?

¹³ Ver Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, 9th ed., Nueva York, p. 326

¹⁴ Harrington, James, ob. cit., p. 8.

¹⁵ Ver Lind, John, *Three Letters to Dr Price*, Londres, 1776.

Dicho efecto proviene del hecho de que alguien no solo pierde la libertad cuando otra persona interfiere arbitrariamente en sus decisiones, sino que basta con que otro agente tenga la capacidad de hacerlo. Bajo la concepción republicana de la libertad, esta se pierde en la medida en que una persona vive bajo la dominación de otra, incluso si esa dominación nunca se utiliza en su contra o al menos no se usa con intenciones dañosas. Supóngase que, bajo la ley y las costumbres existentes, en determinado contexto y en cierta medida, una mujer es arbitrariamente maltratada por su esposo. Aun si el esposo fuera una persona amable y cuidadosa, la mujer no puede ser considerada libre bajo la construcción de la libertad como no dominación. Lo mismo ocurre con el empleado que vive bajo la dominación de su empleador, o con el miembro de una minoría que vive bajo la dominación de la mayoría, o con el deudor que vive bajo la dominación del acreedor, o cualquier persona que se encuentre en una posición de subordinación.

Mientras que el primer efecto de reemplazar el antónimo se ve especialmente en el campo de la valoración sobre el derecho y la libertad, el segundo se relaciona con la asociación entre derecho y la esclavitud. Dado que a partir de Bentham se asumió que el derecho implicaba ceder libertad, a pesar de ser en pos del bienestar general, se tornó imposible sostener que no ser libre significaba necesariamente ser esclavizado; nadie estaba dispuesto a decir que el derecho convertía en esclavos a quienes vivían bajo este. Pero antes de Bentham, cuando la libertad se oponía mayormente a la dominación, la asociación entre ausencia de libertad y esclavitud era absoluta. No ser libre era vivir a merced de otro y eso era vivir en situación de esclavitud.

En este sentido, Algernon Sidney escribió en 1680: “la libertad consiste en ser independiente de la voluntad de otro, y por esclavo entendemos a un hombre que no puede disponer de sus bienes ni de su persona, sino que goza de todo según la voluntad de su amo”.¹⁶ Y en el siglo siguiente, los autores de *Cato's Letters* realizaron una contundente declaración sobre este tema: “La libertad es vivir de acuerdo con las propias reglas; la esclavitud es vivir a merced de otro”.¹⁷

¹⁶ Ver Sydney, Algernon, *Discourses Concerning Government*, T. G. West (ed.), Indianapolis, p. 17.

¹⁷ Ver Trenchard, John y Gordon, Thomas, *Cato's Letters*, 6th Ed., Vol. 2, Nueva

El efecto de facilitar la pérdida de libertad al entenderla como opuesta a la dominación se relaciona con el tema de la esclavitud, debido a que una de las cosas más llamativas de los esclavos es que permanecen siéndolo incluso si su amo es absolutamente benévolo y nunca interfiere en sus vidas. Tal como Algernon Sidney lo sostuvo, “es un esclavo tanto quien sirve al mejor y más amable hombre del mundo como quien sirve al peor de todos”.¹⁸ O como dijo Richard Price en el siglo XVIII: “Los individuos, en la vida privada, mientras estén bajo el poder de los amos, no pueden ser llamados libres, sin importar cuán equitativa y amablemente puedan ser tratados. Esto es así tanto para los individuos como para las comunidades”.¹⁹ Hay dominación y no hay libertad, incluso si en los hechos no hay interferencias.

He mencionado que el primer efecto de contraponer la libertad a la dominación ayudó a los defensores de la causa americana a sostener que, mientras los británicos no dejaban de ser libres a causa del derecho –dado que este no podía ser arbitrariamente impuesto allí–, los americanos no gozaban del mismo estatus. Debo agregar que el segundo efecto les permitió ganar la discusión. Sostenían que aunque el parlamento británico no interfería demasiado en los asuntos americanos –a pesar de que cobraba un pequeño impuesto– el hecho de que tuviera la capacidad de cobrar cualquier impuesto que deseara sin ninguna restricción, implicaba que su relación con los colonos americanos era como la del amo con su esclavo.

Joseph Priestley ofrece un buen ejemplo de este punto de vista: “¿Cuál es la gran injusticia por la que reclaman estas personas? Se trata del hecho de que les son cobrados impuestos por el parlamento de Gran Bretaña, cuyos miembros están tan lejos de cobrarse impuestos a ellos mismos que, de hecho, se los disminuyen. Si esto prospera, los colonos se verán reducidos a un estado de total servidumbre como cualquiera de los pueblos de que se tenga registro en la historia. Con el mismo poder, a través del cual los ingleses pueden obligarlos a pagar un centavo, pueden obligarlos a pagar el último centavo que tengan. No

York, 1971, pp. 249-250.

¹⁸ Ver Sydney, Algernon, ob. cit., p. 441.

¹⁹ Ver Price, Richard, *Political Writings*, D. O. Thomas (ed.), Cambridge, 1991, pp. 77-78.

es otra cosa que una imposición arbitraria de un lado y una humilde súplica del otro”.²⁰

Hasta aquí la explicación del valor republicano central de la libertad como no dominación. ¿Qué es entonces la teoría política republicana? Es una teoría acerca de qué debería ser y hacer el Estado –una teoría sobre las formas y los objetivos políticos– que toma la libertad como no dominación de todos los ciudadanos como el principal objetivo que el Estado debería promover. En el republicanismo tradicional, por supuesto, solo eran ciudadanos los hombres más importantes, dueños de las propiedades, pero la versión de la doctrina que imagino sigue el planteo liberal asociado con Bentham de expandir la ciudadanía al máximo posible: “Todos cuentan como uno, nadie cuenta como más de uno”, la frase atribuida a Bentham por John Stuart Mill.²¹ Lo que entiendo como teoría republicana podría, más bien, ser descrito como una teoría *neo republicana*. Mantiene en su lugar la concepción republicana de la libertad, reaceptando la visión liberal acerca del conjunto de personas para el cual debe alcanzarse esa libertad.²²

II. La visión republicana del delito

No diré nada aquí respecto de por qué debería atraernos la teoría política republicana que le asigna a la libertad como no dominación un rol del valor político supremo quizás, incluso, el único.²³ Pero asumiendo que

²⁰ Ver Priestley, Joseph, *Political Writings*, P. N. Miller (ed.), Cambridge, 1993, p. 140.

²¹ Mill, J. S., *Utilitarianism*, J. M. Robson (ed.), Toronto, 1969, *Collected Works of John Stuart Mill*, x.257.

²² He sostenido en otro lugar que lo que pudo haber alejado a Bentham y sus seguidores de la concepción republicana de la libertad fue la sensación de que no era factible pensar en alcanzar un ideal tan rico para un grupo de personas tan extenso. Véase *Republicanism*, cap. 1. William Paley, seguidor utilitarista de Bentham, era consciente de que la libertad como no dominación estaba establecida, pero desde 1785 se opuso a ella y defendió la alternativa liberal, sobre la base de que “fomentaría expectativas imposibles de alcanzar y perturbaría la discusión pública con quejas que no podrían ser eliminadas mediante la benevolencia o la sabiduría de ningún gobierno”. Ver William Paley, *Principles of Moral and Political Philosophy*, Londres, 1825, p. 359.

²³ Ver Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*,

aceptamos el republicanismo, la pregunta que quisiera hacer ahora tiene que ver con qué acciones deberían conducirnos a la criminalización y por qué: ¿cuáles son los males que los republicanos ven en aquellas acciones que merecen, por sí mismas, ser calificadas como delitos? Hago esta pregunta porque creo que la respuesta nos dará un lineamiento acerca de qué debería hacer la política republicana con quienes fueron condenados por cometer delitos o confesaron haberlo hecho.

Cualquier sistema de justicia penal tiende a criminalizar ciertos actos que socavan su funcionamiento, como también aquellos que el sistema se propone, desde un comienzo, combatir. Al preguntarse sobre los males que los republicanos ven en las acciones que merecen ser criminalizadas, me focalizo en aquellas que el sistema penal se propone combatir, y no en las del otro tipo. En otras palabras, me focalizo en los delitos primarios por sobre los secundarios. Sin embargo, entre las acciones que son entendidas como delitos primarios hay algunos ejemplos más discutibles –como los delitos sin víctima– y otros que tienen estatus de paradigmáticos: como el homicidio, robo, hurto y secuestro; y también otros como conducción bajo estado de ebriedad o evasión fiscal cuya víctima es la comunidad toda. En lo que sigue tendré en cuenta tales ejemplos, ya que si bien podría existir alguna duda, para cualquier estructura republicana esas acciones constituirían delitos.

Hay muchos argumentos en los cuales basarnos para rechazar este tipo de acciones: causan un daño a las personas, frustran sus necesidades, afectan el nivel de felicidad del que gozan, entre otros. Pero cuando una teoría política designa un bien jurídico como el valor político fundamental, eso significa que deberíamos legitimar únicamente los agravios basados en una preocupación por dicho valor. Implica que los asuntos políticos pueden ser racionalmente organizados en torno a la idea de promover ese valor sin que sea necesario recurrir a otros fundamentos –que generalmente son menos persuasivos en términos políticos. Entonces: ¿cuáles son los fundamentos en los que los republicanos deberían basarse para, en nombre de la libertad y la no dominación, objetar los tipos de acciones que desde su punto de vista merecen ser criminalizadas?

Antes de la respuesta, una advertencia. Cualquiera sea la base sobre la cual los republicanos reprobren una acción, solo apoyarán un argumento en favor de la criminalización en la medida en que esta no perjudique más de lo que beneficie a la causa de la no dominación. Esta condición de que la criminalización no genere más consecuencias negativas que positivas se explica, tal como defendí en otro lugar,²⁴ a partir del hecho de que el republicanismo toma –y debería tomar– una posición consecuencialista en relación con el valor de la no dominación. Dicha posición debería estar comprometida con hacer una diferencia real en el nivel de goce de la no dominación por parte de la sociedad. No tendría sentido criminalizar algo para reducir la dominación, si el hecho mismo de criminalizar facilita más dominación de la que reduce.

A. El delito como comprometedor de la libertad de una víctima

El primer punto que los republicanos pueden –y deberían– criticar de los actos que probablemente criminalizarían es que cuando alguien comete un delito, se presenta como opresor de la víctima: actúa de forma tal que pareciera creer tener derecho a interferir arbitrariamente en la vida de esa persona. En otras palabras, asume una posición de dominación. Después de todo, si alguien creyera no tener la capacidad de interferir arbitrariamente –por haber sido impedido, por ejemplo, o porque la sanción por interferir era demasiado grande y evidente– presumiblemente no intentaría llevarlo a cabo. Por lo tanto, el mismo acto de interferir comunica la convicción de que se tiene la capacidad de hacerlo, de la forma ejemplificada por un delito, incluso cuando esa interferencia va en contra de los intereses del agente y sus ideas.

Esto significa que un acto delictivo compromete la libertad como no dominación de la víctima: impone la idea de que lo que cree el agresor es lo correcto. Entonces, no solo el acto delictivo constituye una negación al goce de la no dominación por parte de la víctima. Si el ofensor

²⁴ Ver Braithwaite, John y Pettit Philip, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1990, cap. 3, y Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997, cap. 3.

consume el delito, y si la protección de la víctima contra ese tipo de conductas no se ve aumentada, entonces el delito prueba que la mencionada negación está garantizada: la víctima está, en efecto, dominada por el ofensor y sus semejantes. Puede que la comisión de un delito no sea la prueba de que el agresor tiene una capacidad absoluta para interferir: cada intento presupone un serio riesgo de ser arrestado. Sin embargo, prueba que la libertad de la víctima se ve comprometida en cierta medida y que el agresor y sus semejantes dominan, con cierta intensidad, a la víctima.

Vale la pena hacer hincapié en la grave pérdida involucrada cuando se compromete de esta forma la libertad de una persona. Una de las principales razones por las cuales la libertad como no dominación es valiosa es que es difícil tenerla sin ser consciente de ello, sin que sea un hecho de público conocimiento. Después de todo, si hay fundamentos para rechazar que otros interfieran arbitrariamente en nuestros asuntos, es probable que esos fundamentos tengan especial relevancia.²⁵ El hecho de que la libertad como no dominación sea un asunto de público conocimiento significa que debería traer consigo la ventaja de hacer consciente a la persona de su no-vulnerabilidad frente a otra y, por lo tanto, de poder mirar a los ojos a los demás sin sentirse presionada. Como expresó Joseph Priestley, de forma más bien sexista, “un sentimiento de libertad en términos civiles y políticos le brinda a un hombre un sentimiento de poder e importancia –aunque no debería haber una ocasión puntual para ejercerlo–; es la base de la formulación de un pensamiento libre, audaz y varonil, sin restricciones causadas por cualquier remota idea de control”.²⁶

El hecho de que una conducta delictiva comprometa la libertad como no dominación de la víctima significa que la persona pierde acceso a este importante beneficio. El delito lo comunica la víctima: puede que te hayas sentido inmune frente a interferencias arbitrarias, puede que antes hayas disfrutado de la tranquilidad asociada con la

²⁵ Ver Pettit, Philip, “Freedom as Antipower”, en *Ethics*, Vol. 106, No 3, 1996, y Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997, cap. 2.

²⁶ Priestley, Joseph, ob. cit., pp. 35-36.

libertad, pero estás equivocado: yo y mis semejantes tenemos una incuestionable autoridad ante vos; te guste o no, vivís a nuestra merced.

B. El delito como condicionante de la libertad de la víctima

Hasta aquí el primer mal que generalmente el delito representa en los libros de un republicano. Mientras que ese primer mal está asociado con la medida en la que el delito desafía y compromete la libertad como no dominación de la víctima, el segundo viene a consecuencia de que el delito probablemente condicione esa libertad. Cuando tomo tu dinero, cuando me meto en tus asuntos, cuando frustró tus esfuerzos de alcanzar cierto objetivo, o cuando te lastimo o incluso te mato, es innegable que estoy desafiando y comprometiendo tu estatus de persona libre y no dominada; reduzco la intensidad con la que gozas de la no dominación. Pero también es cierto que cuando hago cualquiera de esas cosas, reduzco las elecciones libres que podés tomar. Reduzco el rango de elecciones en las que gozás de no dominación –si te mato, entonces, lo reduzco a cero– o incremento la dificultad de que goces de la no dominación a lo largo de ese rango, haciendo más costosas las opciones disponibles. Este efecto condicionante es diferente del efecto comprometedor, porque es algo que también puede ser consecuencia de una causa no intencionada –como un desastre natural– sin necesidad de dominación por parte de otro agente.

C. El delito como comprometedor de la libertad de la comunidad

La comisión de un delito no solo compromete y condiciona la libertad como no dominación de la víctima sino que, en general, también afecta negativamente la no dominación de los miembros de la sociedad como conjunto, en particular comprometiendo al grupo que ocupa una posición similar a la de la/s víctima/s. En el caso de ciertos delitos como evasión de impuestos o corrupción no habrá una distinción entre las víctimas y aquellos que ocupan posiciones similares a estas, pero con la mayoría de los delitos sí, y aquí me concentraré en aquellos.

Considérese a aquellos sujetos que están en la misma posición que la víctima. Considérese a aquellos que no tienen ni más ni menos

protección, ya sea de un tipo formal o informal: sufren el mismo tipo de vulnerabilidad. El delito desafía a todo ese conjunto de personas y no solo a la víctima o víctimas directas. Comunica la convicción del agresor y, sin dudas, de sus semejantes, de que la víctima no está protegida contra lo que representa el delito. Los de la clase del agresor tienen la capacidad –con limitaciones– de interferir en la vida de las víctimas de esta forma.

El punto aquí es bastante sencillo. Al dejar que un hombre viole a una mujer en un parque, la posición de todas las mujeres que usan ese parque se pone en jaque. Al dejar que un joven entre a robar al departamento de un jubilado, tal vez lastimándolo, la protección de todos los jubilados se pone en duda. Al dejar que un funcionario, por intereses personales, frustre un pedido de una persona, la posición de todo el resto se pone en peligro. Incluso si las demás personas en cuestión hayan tomado conocimiento del delito, este compromete su libertad en cierta medida, tal como compromete la libertad de la víctima. Los ataques a la libertad nunca son aislados. Cuando alguien es víctima de un delito, la afectación a su libertad se propaga como una onda expansiva entre todos aquellos que son igualmente vulnerables.

He mencionado que el mal involucrado al comprometer la libertad como no dominación de la víctima adquiere especial relevancia cuando consideramos el efecto sobre el sentimiento de esa persona, de sentirse libre y sin temores. Lo mismo ocurre con este tercer argumento para reprobarnos el delito. El hecho de comprometer la libertad de un grupo, que está implícito en un delito contra cualquiera de sus miembros, puede tener efectos devastadores cuando el grupo toma conocimiento. Puede socavar su tranquilidad, en la tradición de muchos republicanos, Montesquieu toma como el corazón de la libertad: “La libertad política de un ciudadano es esa tranquilidad del espíritu que proviene de la opinión que cada uno tenga acerca de su seguridad, y para que tenga esta libertad, tal debe ser el gobierno para que un ciudadano no le tema a otro”.²⁷

²⁷ Ver de Secondat Montesquieu, Charles, ob. cit., p. 157

III. La respuesta republicana frente al delito

Hemos visto tres razones por las que los republicanos, tan solo sobre la base de una preocupación por la libertad como no dominación de las personas, pueden y deben oponerse a los delitos. El hecho de que el delito represente un mal tridimensional da a los republicanos razones para idear instituciones políticas para proteger a la gente contra aquel. En la criminología republicana se plantea la cuestión de cuál es la mejor manera de garantizar dicha protección, especialmente dado que cualquiera que sea el medio que el Estado adopte para contrarrestar el delito, es mejor que no se trate de medidas que en sí mismas tengan un efecto negativo en la libertad como no dominación de las personas.²⁸

Sin embargo, nuestra preocupación no es lo que el Estado y la sociedad republicana deben hacer para proteger a la gente contra el delito. Tampoco lo son las cuestiones conexas como la forma en que el Estado y la sociedad deberían actuar para investigar los delitos, acusando a los presuntos delincuentes y garantizando un juicio justo. Nuestro interés, mucho más delimitado, está en lo que la república debe hacer en respuesta a los que han sido formalmente condenados –y, podemos asumir, condenados razonablemente– por delitos o a los que se declararon culpables y están dispuestos a, en el supuesto de que esté permitido, renunciar al derecho al debido proceso penal. ¿Cómo deberían el poder legislativo, los tribunales y la administración comportarse al restringir, decidir e implementar medidas en contra de condenados o personas que se declararon culpables? ¿Cómo deberían proceder para limitar, decidir y aplicar medidas contra estos? ¿Cómo deberían organizar el castigo de tales ofensores, tal como se expresa habitualmente?

En efecto, aquí hay tres preguntas. Una es la cuestión de qué tipo de medidas –en particular, qué tipo de sanciones– deberían ser aceptables para los republicanos. La segunda es la cuestión de cómo deben imponerse las sanciones: quién debe decidir sobre ellas y, en particular, hasta qué punto los tribunales y sus órganos deben tener facultades discrecionales para imponerlas. Y la última, y lógicamente la pregunta

²⁸ En este sentido, ver John Braithwaite y Philip Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1990 y Ayres, Ian y Braithwaite, John, *Responsive Regulation*, Nueva York, 1992.

más importante es cómo el castigo debe ser proyectado o conceptualizado dentro de una perspectiva republicana.

El punto de vista republicano obviamente tiene implicancias para las respuestas a todas estas preguntas. En cuanto a la primera cuestión, por ejemplo, sugiere que ninguna forma de castigo debe comprometer por sí misma la libertad como no dominación de las personas. Después de todo, la dominación es el principal mal contra el que el Estado se organiza, y las distintas formas de condicionar la libertad de las personas ya ofrecen recursos penales adecuados. Esta consideración está a favor de las multas y las tareas comunitarias y está en contra de la cárcel, ya que la dominación es muy probable, si no inevitable, bajo regímenes carcelarios.²⁹

Una vez más, en relación con la segunda cuestión, el republicanismo sugiere que los tribunales deberían estar sujetos a estrictos límites máximos con relación a las penas que pueden imponer. Si los tribunales no tuvieran que respetar estos límites, o si no fueran estrictos, entonces sería difícil ver cómo podrían evitar estar por encima de los ofensores en su postura dominante; habría una intuición de que, los que se presentaran ante un tribunal –como podría pasar con cualquiera de nosotros– estarían a su merced.

Pero en el caso de este ensayo me concentro en la tercera cuestión, en el modo en el que los republicanos deben conceptualizar el castigo. ¿Deben considerarlo en términos retributivos como un intento de venganza al ofensor por el delito que cometió, a través de criterios adecuados de proporcionalidad? ¿Deben considerarlo en términos ampliamente utilitarios como una oportunidad que debe ser explotada, tal vez sujeta a restricciones contra los *ad hoc*, por lo que puede ofrecer –por los beneficios utilitarios que puede aportar– para reducir el nivel general de delincuencia? ¿O deberían pensarlo, nuevamente, en otros términos?

²⁹ En *Not Just Deserts*, John Braithwaite y yo discutimos acerca de que el castigo representa exactamente el mismo mal que el delito; es una ofensiva, como lo expresamos, ante la dominación. Aquí modifico un poco aquella afirmación. El castigo es una ofensiva contra la no-dominación (en otras palabras, lo que más temprano llamamos dominación), pero no necesariamente del mismo tipo que el delito: tiene que condicionar la libertad como no-dominación, pero estrictamente no necesita comprometerla; tiene que reducir el alcance o la facilidad con la que el agresor ejerce la no-dominación, pero no necesita dominar al agresor.

A. El castigo como rectificación

Las consideraciones desarrolladas en la sección anterior nos permiten abordar esta pregunta. Lo más importante de estas es que los efectos negativos que suelen llamar más la atención pueden solucionarse o, cuanto menos, reducirse. Es posible refutar una supuesta situación de dominación –una presunta afectación a la libertad– y es posible enmendar muchas de las situaciones en que la libertad de alguien pudo haber sido condicionada. Para la teoría republicana, por lo tanto, generalmente es posible –al menos de forma parcial– rectificar el mal causado al cometerse un delito.

Así, las observaciones planteadas nos permiten arribar a una tercera alternativa para concebir el concepto de castigo. Podríamos pensarlo como un intento de rectificar el delito cometido, no como un ejercicio destinado a retribuir o perseguir cierta utilidad. Si se me permite un pequeño juego de palabras, podemos centrarnos en nuestra visión acerca del castigo como una vía para que el ofensor enmiende el error, y no como un ajuste de cuentas o una represalia.³⁰

Cuando es viable, la rectificación representa un ideal llamativo para cualquier teoría acerca de qué debería hacer el Estado y la sociedad en respuesta a un infractor condenado o confeso; después de todo, la rectificación total importaría hacer como si el crimen nunca hubiera ocurrido. Sin embargo, la rectificación representa un ideal particularmente atractivo desde el punto de vista republicano.

Lo que debe evitarse en el republicanismo es la dominación, que se da cuando una persona puede interferir arbitrariamente en la vida o los asuntos de otra. Por ende, el sistema penal debe hacer sus máximos esfuerzos para evitar dominar a aquellos que castiga y, por extensión, evitar dominar a quienes asumen que la condena frente a una ofensa, esté bien o no, siempre es una posibilidad. Cualquier castigo representa una interferencia al infractor, por lo que el Estado solo puede evitar la dominación si es capaz de llevar a cabo la interferencia sin una base arbitraria: solo cuando persiga los intereses de la persona, respetando sus ideas. Los intereses que un Estado republicano debe perseguir son

³⁰ N. d T. En el idioma original del artículo, el referido “juego de palabras” se basa en las expresiones *pay-up*, *pay-back* y *pay-off*.

los que, en cualquier nivel de abstracción, todas las personas comparten; ese Estado debe ser propiedad de todos ya que, al fin y al cabo, no debe constituir una herramienta una clase o grupo en particular. Por ende, la interferencia penal será no-arbitraria –y esencialmente no-arbitraria– en la medida en que persiga intereses que el ofensor comparta con el resto de la sociedad, y lo haga de acuerdo con ideas en común; será no-arbitraria incluso cuando perseguir esos intereses signifique frustrar el deseo del ofensor de recibir un trato especial.

El Estado que, como respuesta frente al delito, lo único que hace es intentar rectificar el mal causado, puede sostener con facilidad que dicha respuesta es guiada por los intereses que el infractor comparte, y que comparte de acuerdo con ideas compartidas con los demás integrantes de la sociedad. Por lo tanto, en la medida en que el poder punitivo busque la rectificación, puede evitar cualquier insinuación sobre que ejerce un tipo de dominación sobre el ofensor. Lo que le hace al infractor, el castigo que le impone, fácilmente puede justificarse haciendo referencia a los intereses e ideas comunes que deben existir para que sea posible un Estado no dominante. La rectificación es necesaria a fin de respetar los intereses de la víctima –intereses que sean compartidos con el ofensor– y, si bien puede ser dañoso para el delincuente, no hay razón para no respetar alguno de los intereses que comparte con los demás, incluida la víctima.

A continuación, se desarrolla una prueba un tanto intuitiva para determinar si cierto trato a los ofensores resulta arbitrario, que está diseñado para detectar intereses comunes de acuerdo con ideas compartidas. Consiste en preguntarse si alguien que puede representarse la posibilidad de ser condenado por un delito o confesarlo, puede quejarse de que el trato recibido no responde a intereses que comparte con los demás (no tratándose, a su vez, de un interés por ser tratado de forma especial o menos severa). Si no puede formular ese reclamo o, al menos, no en forma persuasiva, entonces el trato no es arbitrario.³¹ Si

³¹ Tomo prestada la idea de este test, por supuesto, de un tipo de tradición contractualista representada en Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971; Scanlon, T.M., “Contractualism and Utilitarianism”, *Utilitarianism and Beyond*, A. Sen y B. Williams (ed.), Cambridge, 1982; y Barry, Brian, *Justice as Impartiality*, Londres, 1995. Existe una conexión intuitiva entre la idea de que

puede hacerlo, entonces es arbitrario. Según esta prueba, es plausible decir que la rectificación es una forma no arbitraria de tratar con los infractores, por lo cual otorgarle al Estado el poder de rectificar no significa otorgarle un poder de dominación en relación con los infractores condenados o confesos.

La solidez de este argumento se aprecia con claridad si se tiene en cuenta la conceptualización del castigo como venganza. Supongamos que la razón del castigo es expresar la indignación o reprobación de la comunidad frente a un delito en particular o a cierto tipo de delito. Dicha conceptualización demoniza a los ofensores –plantea una lógica de “ellos y nosotros”–, permitiendo que el castigo se dicte en un sentido que desconozca los intereses comunes a todos, pero respecto de los cuales los ofensores son aún más vulnerables: por ejemplo, el interés por no ser expuestos al dolor, al ridículo o a tratos crueles. Es muy probable que esta concepción pueda abrir camino para lo que Montesquieu describe, en una reveladora frase republicana, como una “tiranía de los vengadores”.³²

Sin embargo, esta no es la única concepción del castigo que se enmarca en el espectro de la dominación penal. Considérese la opción en la que el castigo aumenta la utilidad general al reducir el nivel de criminalidad: a través de la disuasión del ofensor, de otros potenciales ofensores, procurando mantener al ofensor fuera de las calles o a través de la rehabilitación de este. Cualquier decisión en ese sentido, por más racional que parezca, corre el riesgo de introducir una “tiranía de reformadores”. En esta concepción, el interés por la reducción del crimen asume un rol tan relevante –y los intereses compartidos de los ofensores están tan opacados– que el trato que recibirán será arbitrario y se ejercerá sobre ellos dominación. El Estado, ya sea en el parlamento o en los tribunales, asumirá que en el dictado de las sentencias tiene la facultad de contribuir a la reducción de la delincuencia, sin importar el costo que esto represente para los ofensores.

La tiranía de los vengadores representa una versión cruda de la concepción retribucionista del castigo, y la tiranía de los reformadores,

una acción estatal no es arbitraria y, en términos de Scanlon, el tipo de acción sobre la que nadie, razonablemente, podría quejarse.

³² Ver de Secondat Montesquieu, Charles, ob. cit., p. 203.

una versión igualmente cruda de la concepción utilitarista. Lejos de sostener que todas las versiones de estas corrientes corren el mismo riesgo de legitimar el trato arbitrario hacia los ofensores, espero que, al menos, haya quedado claro que la concepción de la rectificación es especialmente positiva en este aspecto y que, naturalmente, despertará el interés de los republicanos. Pero ¿qué podrá requerir la rectificación?, ¿a dónde nos guiaría en relación con el diseño de las instituciones de la justicia penal?

B. Reconocimiento

La mejor manera de esbozar una respuesta a esta pregunta es considerar qué sería necesario para rectificar cada uno de los tres males que asociamos al delito. El primer mal es la adopción de una postura de dominación sobre la víctima o, según el caso, las víctimas. El hecho de que se atrape al ofensor y se lo haga responder por lo que hizo ya es una reivindicación de la situación de la víctima: demuestra que el delincuente carecía de la supuesta capacidad de interferir. La interferencia acarrea un costo. ¿Puede hacerse algo más a través de la rectificación del desafío a la libertad como no dominación de la víctima? Claramente sí. El ofensor puede retirarse de la posición de dominación sobre la víctima, reconocer su estatus y aceptar el error que cometió al haberla desafiado. Puede colaborar con esto mediante un acto de reconocimiento. Dicho reconocimiento puede motivarse en el hecho de aceptar que la víctima está lo suficientemente protegida como para no ser susceptible de interferencias impunemente. Asimismo, el reconocimiento también puede estar motivado, tal vez de forma adicional, en el hecho de reconocer normas respaldadas por un acuerdo general de que la víctima merece respeto y no debería estar expuesta a interferencias (un reconocimiento moral). Por supuesto, el acto de reconocimiento ideal comprendería ambos aspectos ya que, presumiblemente, eso implicaría un mayor grado de seguridad para la víctima.³³

³³ Ver Spitz, Jean F., ob. cit., pt. 3, sobre la insistencia de Rousseau con relación a que la libertad como no-dominación requiere un reconocimiento moral y jurídico del estatus de la persona. Ver también Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory*

¿Cómo garantizar tal reconocimiento? Más precisamente, ¿cómo garantizar un acto de reconocimiento realmente sincero para la víctima? Este es un tema complejo y la respuesta solo podría encontrarse mediante una investigación empírica. Sin embargo, la necesidad de reconocimiento radica en el atractivo de introducir una posibilidad para que el ofensor afronte el daño que causó, e incluso tal vez se genere un diálogo con la víctima o sus familiares o amigos y, de ese modo, el ofensor tome consciencia de qué tan reprochable fue su conducta. Puede que esto no sea siempre posible, pero hay cierto margen para pensar cómo se puede llegar a este diálogo en diferentes casos. Esto constituye una pieza clave, por ejemplo, en los procesos de mediación que se han llevado a cabo con ciertos delincuentes confesos que optaron porque su caso no fuese dirimido por la vía judicial; estos procedimientos están diseñados para que el ofensor, junto con un grupo de personas que puede elegir, entable un diálogo con la víctima o los familiares o amigos de esta para determinar cuál es la mejor forma de enmendar el daño causado.

C. Compensación

El segundo mal que, en general, se asocia con el delito ya no es comprometer la no dominación de la víctima, sino condicionarla. La víctima se encuentra privada de recursos y alternativas y puede sufrir trauma psicológico, daño físico o, en una instancia límite, ser asesinada. ¿Cómo enmendar semejante mal? Lo que se requiere, en este caso, en la medida en que sea posible, es una compensación. El delincuente debe compensar a la víctima o a sus dependientes por la pérdida ocasionada.

Cuanto más factible sea una restitución, más fácil será compensar: el delincuente devuelve lo robado, tal vez junto con un aporte extra para cubrir el trauma causado. En los casos en los que la restitución es imposible, una compensación aún podría ser viable. En ese caso, el delincuente no puede restituir, pero puede compensar, en cierta medida, a través de un aporte económico, algún otro tipo de contribución en especie o mediante un servicio. Cuando la compensación resulta im-

of Freedom and Government, Oxford, Oxford University Press, 1997, cap. 8.

posible o claramente inadecuada, como en el caso de un homicidio, podría ser posible recurrir a un tipo de reparación en el cual el delincuente expresa, idealmente de forma voluntaria, que de cierta forma comparte la pérdida.

Probablemente resulte obvio que la cuantía de una compensación puede hacer más creíble el reconocimiento. Supongamos que la compensación implica hacer trabajo comunitario; si no está vinculado con la víctima (porque puede que no se lo considere conveniente por distintas razones) al menos dicho servicio debe estar dirigido a aquellos que sufrieron daños similares. La víctima puede recibir una compensación a través de los ingresos del ofensor o de un servicio similar prestado por otros ofensores. Y supongamos que el servicio es prestado de forma tal que el ofensor demuestra ser relativamente eficiente y dedicado. En ese caso, habrá una gran oportunidad para que el reconocimiento de la víctima se vea reforzado a través del modo en que se lleva a cabo la compensación.

Naturalmente, habrá casos en los cuales una compensación es posible –por ejemplo, una indemnización– pero el delincuente, por alguna razón, claramente no puede brindarla. La postura republicana brinda una enseñanza muy clara aquí. Sugiere que, ya que la compensación puede ser en mayor o menor medida independiente del reconocimiento, y ya que el Estado –el cual, supuestamente, debió haberle proporcionado protección a la víctima– por lo general puede proporcionar esa compensación, en consecuencia, cuando sea necesario, el Estado debería hacerlo. El mismo órgano, digamos el mismo tribunal, que decide qué debería requerirse del delincuente en concepto de reconocimiento y compensación, debería determinar qué compensación sería exigible al Estado.

D. Reaseguro

El tercer mal asociado con el delito afecta a la comunidad toda, no solamente a la víctima. Se trata de un desafío general a la no dominación de las personas que se encuentra implícito en casi cualquier delito. Lo que se requiere para rectificar este mal es proporcionado en parte por el acto de reconocimiento de la víctima, ya que dicho reconocimiento también tendrá efectos más generales. No obstante, en tanto ese reconocimiento no sea totalmente convincente, sin dudas la rectifica-

ción requerirá de una respuesta que proporcione seguridad a toda la comunidad, lo que incluye a la víctima y también al resto. En la medida de lo posible, debe dejarse claro, sea cual fuere el fundamento, que la comunidad no está peor en términos de no dominación, ni está peor en términos de exposición a interferencias arbitrarias delictivas, de lo que estaba antes de que se cometiera la ofensa en cuestión.

El reaseguro es la tercera “R” (En la versión en inglés, las tres “R” son *Recognition*, *Recompense* y *Reassurance*) de la teoría del castigo republicana, y es también la más engañosa. El exigir reaseguro es exigir reestablecer el *statu quo* que se tenía con anterioridad al delito, pero no implica exigir el máximo nivel de seguridad posible para la comunidad. En algunos casos en particular se requiere muy poco para proporcionar un reaseguro: por ejemplo, en aquellos casos en los que el delincuente es incapaz de reincidir debido a una discapacidad o cuando el delito, evidentemente, solo podía cometerse una vez. Sin embargo, en otros casos, es necesario exigir más. En el caso de un delincuente peligroso será necesario, por ejemplo, una pena de prisión, a pesar de que es improbable que ese castigo pueda contribuir al reconocimiento o a la compensación.

En relación con ese punto, debería al menos mencionar que los pasos requeridos para facilitar el reconocimiento, la compensación y el reaseguro están vinculados, en escenarios más factibles, con el reaseguro en otro sentido: entendido de forma más general, y basado en aumentar la protección –y la sensación de protección– de las personas contra el delito. Por lo general, las medidas que se toman están diseñadas para evitar que el infractor cometa más delitos y, por su carácter disuasivo, también para los demás. En consecuencia, puede esperarse que contribuyan con el objetivo general de reducir la criminalidad.

Espero que estos breves comentarios sobre las posibles formas de lograr el reconocimiento, la compensación y el reaseguro, puedan ilustrar a dónde nos guiaría una teoría republicana del castigo: castigo como rectificación. Es muy probable que esta teoría resulte llamativa para cualquier persona que, como yo, crea que el republicanismo es una filosofía política atractiva. Pero espero también que mis observaciones destaquen el atractivo que la teoría debería despertar en otros. Finalizo con una consideración acerca de por qué la teoría puede ser atractiva para los utilitaristas, por un lado, y para los retribucionistas, por otro.

E. Un ideal ecuménico

Los utilitaristas rechazan la falta de una finalidad social inherente a la postura retribucionista que toma represalias contra los infractores por lo que estos hayan hecho, independientemente del modo en que dichas represalias contribuyan a los objetivos sociales generales. En especial disienten con la inflexibilidad del retribucionismo: este impone un patrón común de trato a los ofensores condenados, aun cuando ese patrón no contribuye a ningún objetivo. Sin importar si el infractor tiene una familia vulnerable, o si tiene una discapacidad –tal vez, como consecuencia de su conducta o causada por el arresto–, el castigo aplicado será el mismo. El castigo es impuesto, sobre una base retrospectiva, a partir de la naturaleza de la ofensa y del grado de culpabilidad.

Existen dos razones para que los utilitaristas tengan una mejor predisposición hacia una política republicana del castigo como rectificación. En primer lugar, porque es parte de una teoría plausible para promover la libertad como no dominación de las personas; tiene una base teleológica o consecuencialista. En segundo lugar, porque da lugar a un trato diferente a los infractores igualmente culpables cuando sus circunstancias son esencialmente diferentes. Para rectificar por igual dos delitos similares, puede ser necesario imponer castigos distintos. Según la teoría republicana, esto dependerá en gran medida del grado en que se perciba un reconocimiento sincero, de la medida en que el ofensor sea capaz de ofrecer una compensación y de si existe la posibilidad de que vuelva a delinquir.

Los retribucionistas rechazan el carácter oportunista de cualquier planteo propiamente utilitarista. Así, argumentan que, en virtud de esa teoría, el delincuente condenado es considerado un medio y no un fin, lo que provoca que quede sujeto a cualquier castigo que sea más funcional al objetivo de prevenir delitos en general. Además, los retribucionistas sostienen que cuando se tiene en cuenta esta idea acerca de las diferentes circunstancias en las que se pueden encontrar los infractores y los distintos fines a los que puede ser funcional el castigo, los ofensores no reciben un trato imparcial.

No obstante, los retribucionistas pueden sentirse más cómodos con la teoría republicana que con la utilitarista. A pesar de tener una lógica teleológica, el interés por la rectificación implica que esta teoría pone el foco en los agravios de la víctima y la comunidad y deja que estos determinen la naturaleza del remedio necesario, sin agregar con-

sideraciones adicionales. Y, si bien permite la aplicación de castigos que varían sustancialmente entre infractores con un mismo grado de culpabilidad, permite esto solamente en la medida en que estos castigos diferentes sean necesarios para para lograr igualdad respecto de la variable más importante: la rectificación de la ofensa.

El republicanismo es una filosofía política peculiar y, por supuesto, controvertida. No obstante, al aplicarla al caso del castigo penal, tiene una faz ecuménica que la hace atractiva incluso para aquellos que se muestran escépticos a ciertos planteos republicanos relativos a otras áreas. No creo que los teóricos del derecho penal se clasifiquen sin más en las categorías un tanto rudimentarias de retribucionismo y utilitarismo que he estado desarrollando. Por el contrario, espero que ilustrar la forma en que se puede recurrir a esas posturas pueda transmitir algo de sus virtudes en el plano ecuménico.

Una última reflexión puede contribuir a reforzar el argumento ecuménico. La teoría del castigo como rectificación nos permite identificar qué debería hacer el Estado, no solamente en aquel grupo de casos minoritarios en los cuales los infractores están identificados, sino también en aquel gran número de delitos sin resolver. En esos casos, al igual que en aquellos que hemos estado analizando, el Estado también tendría que tratar de rectificar la ofensa, mejorando la protección a la víctima (cuando esto sea relevante), compensándola por su pérdida, e intentando proporcionar seguridad para la comunidad en su conjunto. El delito siempre requiere la misma respuesta: un intento de volver a poner las cosas en su lugar. El castigo penal representa nada más ni nada menos que un tipo especial de rectificación que se vuelve posible cuando los propios delincuentes pueden formar parte de esa tarea.

SEGUNDA PARTE

Inmigrantes: un dilema para la teoría de Duff sobre la autoridad del castigo

Delfina Beguerie¹

I. Introducción

Según cuenta el propio Antony Duff, le “llamó mucho la atención” algo del Preámbulo de la Constitución Argentina.² La leyenda porteña agrega que, cuando el profesor de Stirling visitaba la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, encontró inscrito en una

¹ Este artículo fue previamente publicado en *Isonomía*, Nro. 56 (2022): Spring, p. 101-135 a quienes agradezco por la autorización a publicarlo nuevamente. Agradezco también los comentarios de Romina Rekers, Gustavo Beade, Fernando Bracaccini, Sebastián Guidi y los de los evaluadores anónimos de la revista *Isonomía* que me ayudaron a mejorar este trabajo. Los errores que subsisten, por supuesto, son mi responsabilidad. Las traducciones también son propias. Este artículo es el resultado de una presentación de 2019 en el Seminario sobre republicanismo y derecho penal organizado por el Proyecto UBACYT “La filosofía política del republicanismo y el derecho penal”.

² Duff cita al preámbulo argentino en *Sobre el castigo: por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad* (Duff, 2015, p. 29) y luego también lo hará en *The Realm of Criminal Law* (Duff, 2018, p. 122).

de sus columnas el Preámbulo nacional. Sorprendido –dicen– confirmó con un estudiante del pasillo que la Constitución efectivamente asegurara los beneficios de la libertad a todas las personas “del mundo que quieran habitar en el suelo argentino” tal como reflejaba esa columna.³ Allí podría cifrarse el sostén final de su teoría que, al justificar el castigo en la ciudadanía, no podía explicar el reproche penal a los no-ciudadanos. La invitación argentina al mundo –dirá Duff más adelante– ilustra la hospitalidad política que toda comunidad le debe a sus visitas, y esa hospitalidad política nos habilita a llamar a rendir cuentas a las personas extranjeras por sus ofensas (Duff, 2018, p. 122). Pero la hospitalidad política no convierte las leyes ajenas en leyes propias.

A la vanguardia del debate clásico sobre la justificación del castigo, Duff sugiere que su fundamento debe buscarse en una relación que precede al crimen: en la relación política que nos une como ciudadanos. Su teoría postula que es porque pertenecemos a una misma comunidad en concidadanía, con leyes que reconocemos como propias, que podemos llamarnos a rendir cuentas por nuestras ofensas mutuamente. Así, Duff nos propone imaginar un juicio penal legítimo y comunicativo, uno que resulte inclusivo para toda la ciudadanía en lugar de exclusivo para los técnicos y excluyente del ofensor (Duff, 2018). Sin embargo, el énfasis en la ciudadanía enfrenta a esta versión del republicanismo penal en boga con un dilema. Para las personas extranjeras el derecho penal de sus hospedadores no puede ser entendido como *su* derecho, ellas no son llamadas a rendir cuentas o castigadas por *sus* tribunales y según *su* ley.

Mientras la inmigración toma protagonismo en el debate político, este tipo de teorías republicanas asociativas (o comunitarias) parece dejar huérfano de justificación al castigo impuesto a las personas extranjeras. Y ese vacío normativo importa porque una repuesta punitiva que carece de orientación normativa no conduce necesariamente a menos castigo. Más bien puede ocurrir lo contrario. Esa carencia normativa conlleva el riesgo de una práctica punitiva más fuerte y desordenada.

³ Preámbulo de la Constitución Argentina. Le agradezco a Gustavo Beade por esta historia.

En este ensayo planteo que la teoría de Duff –tal como la conocemos hoy– padece de un déficit de generalidad porque si bien puede justificar el castigo a ciertas personas no alcanza a justificar la autoridad para llamar a rendir cuentas a las personas extranjeras por sus crímenes. No estoy sola en esta observación. No obstante, y a diferencia de las críticas de Zedner, Yaffe o Chehtman, sostengo que ese déficit no necesariamente obliga a la teoría de Duff a abandonar una justificación relacional del castigo. Aquí argumento que quienes entiendan que la autoridad del reproche descansa en una relación política anterior deberían reformular esa relación política de manera que pueda dar cuenta de los diferentes vínculos que nos unen a quienes cohabitamos un mismo territorio político. En lugar de descartar a la membresía o la ciudadanía como justificación del reproche penal, alego que se debe renunciar a que constituyan la *única* justificación posible. Claro que al abrir la justificación del castigo a diferentes relaciones según las cuales se le puede atribuir la ley penal a una ofensora, se podría objetar que no estamos ante una teoría sino ante muchas. Por eso, antes de concluir el ensayo sugiero dos pautas que podrían preservar cierta unidad teórica: que los criterios de atribución de la ley penal varíen de acuerdo al nivel de dependencia de una persona respecto de la comunidad política que habita y resulten sensibles a distintos grados de participación democrática. Con estas dos pautas (nivel de dependencia y de participación) no pretendo ofrecer una respuesta final al debate, sino únicamente señalar por dónde podría avanzar su reconstrucción para que *una* teoría de la justificación del castigo pueda dar cuenta de las diferentes relaciones entre quienes cohabitamos un mismo territorio político.

Con este objetivo, en primer lugar, presento brevemente las virtudes de la justificación del castigo que ofrece Duff (justificación que califico como “meta-penal”) para pasar, en segundo lugar, a identificar su déficit como uno de generalidad en tanto no alcanza para justificar el castigo de las personas extranjeras. Planteado el vacío normativo, en tercer lugar, recorro tres alternativas ensayadas para resolverlo (más precisamente las de Zedner, Yaffe y Chehtman) y señalo cuáles son para mí sus debilidades. Finalmente, ya en cuarto lugar, sugiero cómo podría reformularse una teoría relacional del castigo como la de Duff. El planteo teórico que se construye en las diferentes secciones se complementa con descripciones socio-legales de la experiencia de la Argentina con la inmigración (apoyada en referencias a cambios histó-

ricos en la regulación, entrevistas con actores del proceso de sanción de la ley actual, pedidos de información pública y estadísticas oficiales).

II. La Teoría de Duff en dos pasos

Mientras la mayoría de las teorías sobre la justificación del castigo se preguntan por qué y para qué castigar, Duff cambió el foco de atención hacia quién tiene autoridad para castigar.⁴

Una de las respuestas tradicionales a la interpelación de “yo habré cometido un crimen pero ¿quién es usted para reprochármelo?” (Duff, 2015) suele venir desde el territorio (“soy la autoridad del lugar donde ocurrieron los hechos”). No obstante, el principio de territorialidad se topa con sus propias fronteras. Así, por una parte, el territorio se “deshilacha en los bordes” (Bosniak, 2007, p. 409) a medida que la práctica de los derechos penales se abre a múltiples formas de extraterritorialidad (podríamos imaginar una jueza estadounidense juzgando un homicidio cometido en el Reino Unido por una ciudadana de su país,⁵ un tribunal neozelandés llamando a rendir cuentas a funcionarios franceses por una obstrucción de justicia operada desde Francia en perjuicio de la investigación por el ataque al *Rainbow Warrior*,⁶ una jueza argentina llamando a indagatoria a funcionarios españoles por crímenes cometidos en España durante el franquismo,⁷ o incluso no imaginar tanto⁸). Por otra parte, aún en aquellos (muchos) supuestos en que el territorio conserva relevancia, la geografía no alcanza para

⁴ Como señala Rocío Lorca (2020), Anscombe (1990, p. 163) también había deslindado la cuestión sobre cuándo está permitido imponer un castigo del asunto de quién tiene el poder de imponerlo.

⁵ Suprema Corte de Estados Unidos, *Reid v. Covert* 354 U.S. 1 (1957), en el que el Juez Black llegó a afirmar que el territorio era una “reliquia de otra era”.

⁶ Jeremy Waldron (1993) imagina este supuesto a partir del *Rainbow Warrior* affair.

⁷ Centro de Información Judicial, 31 de octubre de 2014, “Lesas humanidad: la jueza Servini de Cubría ordenó la detención de 20 imputados por crímenes cometidos durante el franquismo”.

⁸ Ya sea que recurra al principio de protección, al de nacionalidad, el de personalidad pasiva, o incluso el de jurisdicción universal, el reproche punitivo se expande para alcanzar personas y hechos más allá de sus fronteras.

explicar su propia “magia” (Raustiala, 2004), esto es, el poder de la presencia física de uno (y no de otro) lado de una frontera. Finalmente, como dijo Duff, el territorio no es “un asunto de mera geografía: es un asunto político-legal” (Duff, 2018, p. 105).

La teoría de Duff resulta agudamente sensible a la necesidad de la justificación de una autoridad en particular para reprochar ofensas penales y a la insuficiencia de la geografía para responder a esa pregunta. A partir de esta circunstancia, y de la necesidad de justificar la autoridad de un derecho en particular (por ejemplo, del derecho argentino en lugar del derecho en general), la teoría jurídica ensayó diferente tipo de respuestas.⁹ Entre las teorías de la obligación adquirida –como las llamó Waldron (1993) por oposición a las teorías de derecho natural– podemos encontrar al menos tres grandes familias de justificaciones: las teorías del consentimiento –el derecho mexicano tiene autoridad sobre quienes lo consintieron expresa, tácita o hipotéticamente¹⁰–, las teorías del “Fair Play” –el derecho mexicano tiene autoridad entre quienes media un interés de reciprocidad o cooperar– (Simmons, 1979), o las teorías asociativas –el derecho mexicano tiene autoridad sobre quienes son miembros de la comunidad política mexicana– (Dworkin, 1986).

En el debate sobre la autoridad para el reproche y el castigo penal, Duff ofrece una respuesta que se podría calificar de republicana y asociativa. Dentro del arco de variantes del republicanismo penal, Dzur entendió que las ideas de Duff resonaban con aquellas de tipo “integracionistas”¹¹ que, por oposición a las “aislacionistas”¹², entienden que

⁹ No estoy identificando la autoridad del derecho con la autoridad del castigo, pero en los debates en una y otra arena por momentos se encuentran argumentos y obstáculos similares.

¹⁰ Noah Feldman (2006) señala las diferencias entre la visión de Locke sobre el consentimiento tácito y la de Kant sobre el consentimiento hipotético.

¹¹ Entre los “integracionistas” ubica a John Braithwaite, Nils Christie y Howard Zehr; podríamos sumar allí a otros como Martí o Gargarella (Martí *et al.*, 2003; Gargarella, 2016).

¹² Los “aislacionistas” abogan por abstraer al derecho penal de la influencia del debate público. Allí Dzur ubica a Nicola Lacey, Philip Pettit y Franklin Zimring. Philip Pettit (2004), por ejemplo, propone que la política criminal quede en manos de un organismo conformado por expertos, similar a un banco central,

el autogobierno de la comunidad legítima al aparato coercitivo (Dzur, 2012). En esta línea, Duff afirma que podemos reprocharnos y castigarnos mutuamente porque nos encontramos asociados, en conciudadanía, en una misma comunidad política.

Sus trabajos buscan una teoría integral de la práctica del castigo. Sin ánimos de simplificar esa riqueza, y por la sola claridad del argumento que aquí ensayo, creo que una justificación de la autoridad penal como la de Duff puede pensarse como un esquema “meta-penal” en dos pasos.

En primer lugar, Duff identifica *una relación política* que justifica la autoridad penal. Pueden llamarme a rendir cuentas por el incumplimiento de una ley penal por una relación anterior a la que hoy nos encuentra como ofensora y tribunal. Por ejemplo, Duff entiende que esa relación meta-penal proporciona razones –que define como razones relacionales (Duff, 2013, p. 208)– y genera deberes –que llama deberes asociativos (Duff, 2018, p. 128)– para actuar en el ámbito público –que identifica como esfera cívica (Duff, 2018, pp. 102 y 145). De manera más simple: el hecho de relacionarnos genera razones y deberes que nos comprometen a no ofender las reglas que preservan la esfera pública. Me pueden llamar a rendir cuentas por una ofensa penal justamente en virtud de esa relación anterior. Cuando alguno de nosotros viola ese compromiso, la relación política proporciona una autoridad legítima para llamarnos a rendir cuentas mutuamente y eventualmente castigarnos. Desde la concepción duffiana del castigo, la finalidad del juicio y el reproche debe ser comunicativa, lo que supone orientar ambas instancias a que el ofensor comprenda los valores de la acusación y los pueda reconocer como fuentes imaginables de razones para actuar (Duff, 2011, p. 132). El reproche penal resulta legítimo en tanto se asienta sobre una relación política anterior.

En segundo lugar, Duff define esa relación política como una de *membresía ciudadana*. Una justificación asociativa del castigo debe articular en qué consiste esa relación asociativa meta-penal que la justifica, debe poder articular una teoría de la membresía. Según Duff (y no sólo Duff¹³) esa relación sobre la que se erige la legítima autoridad de

y aislado de la pasión popular. Desde otra discusión teórica, Ferrajoli (2013) llega a conclusiones similares a las de Pettit en este punto.

¹³ Véase, por ejemplo, Lorca, 2018; Martí *et al.*, 2003, p. 30.

todo el aparato coercitivo del Estado tiene un contenido muy preciso: la de *pertenecer a una comunidad de conciudadanía política*. En el modelo republicano, el derecho penal es esencialmente un derecho de la ciudadanía (Duff, 2013, p. 208). Según Duff, es porque pertenecemos a una misma comunidad de conciudadanos con valores compartidos, con una ley que podemos reconocer como nuestra, que esa comunidad después puede reprocharme ofensas o los males públicos cometidos (Duff, 2011, p. 140). Se me puede atribuir la ley penal por la que me llaman a rendir cuentas, dice Duff, porque es la ley de nuestra comunidad política, la ley que entre ciudadanos “hicimos para nosotros” y la ley que nos “define como comunidad política” (Duff, 2018, p. 118). Nuestra ley.

Así planteada, la comunidad política puede resultar tanto una virtud como un defecto. La comunidad política en la teoría de Duff –como en otro tipo de teorías asociativas– permite identificar a los miembros plenos y a los miembros alienados de una comunidad (Rosenkrantz, 2006), pero, así formulada, no puede explicar la autoridad sobre quienes le son ajenos. No cualquier asociación alcanza para resultar fuente de autoridad. En general, las teorías asociativas articulan los requisitos para que el derecho sea reconocido como propio, permiten identificar lo que el derecho les debe a sus miembros para que lo reconozcan como autoritativo (dependiendo de la teoría, pueden exigir igual respeto y consideración entre sus miembros, participación en la creación de la ley, o instituciones de autogobierno que al menos no se dirijan a excluir a ciertos miembros).

Sin embargo, en este esquema meta-penal de Duff, la membresía política no alcanza a explicar la autoridad del reproche sobre los turistas o los extranjeros residentes.

III. Una teoría insuficientemente general y su dilema

Obviamente, a Duff no se le escapa el hecho de que la membresía resulta una noción inclusiva “pero (¿inevitablemente?) excluyente” (Duff, 2018, p. 121) e intenta resolverlo con la idea de invitados de la comunidad.¹⁴

¹⁴ La idea de invitados aparece en sucesivas publicaciones (Duff, 2011, p. 141,

El que una teoría resulte simultáneamente inclusiva y excluyente no necesariamente constituye un defecto. De hecho, entiendo que toda teoría de la autoridad para reprochar una ofensa penal debería excluir e incluir al mismo tiempo; en otros términos: toda teoría debería ser simultáneamente particular y general.

El “requisito de particularidad”, como lo llamó Alan John Simmons (1981, p. 31), exige que la teoría dé cuenta de mi vínculo especial con una autoridad jurídica (y no con otra).¹⁵ Debe poder explicar por qué un jurado argentino excluye o desplaza a tribunales chilenos a la hora de llamarme a rendir cuentas por mis crímenes. Si la autoridad para reprochar surge únicamente de la justicia ínsita en las normas penales (o de su eficiencia) entonces no podría dar cuenta del motivo por el que en septiembre de 2019 estaba obligada por el Código Penal Argentino en lugar del Código Penal de Oaxaca, por ejemplo. Sobre esta preocupación parece gravitar la teoría de Duff.

Pero una teoría de la autoridad del castigo debe, además, ser general y, desde este punto de vista, debe tratarse de una justificación que pueda explicar el poder del derecho sobre todos los individuos que están bajo su alcance, de todos aquellos a quienes debe sujetar. Es en este punto que falla la teoría de Duff. Tal como está formulada hoy, en un esquema meta-penal que comprende una (a) relación política cuyo contenido preciso se identifica con (b) la membresía ciudadana, la justificación de Duff no resulta suficientemente general. Si la autoridad para castigar y reprochar ofensas penales surge de la relación de ciudadanía por la que se me atribuye una ley penal como *mi* ley penal, entonces el reproche y el castigo a los no-ciudadanos quedan desautorizados.

La referencia a la comunidad política permite que la teoría de Duff pueda explicar la particularidad de una autoridad y además identificar los miembros alienados de esa comunidad. El problema, creo, radica en

2013, p. 208, 2015, p. 29, 2018, p. 121). La tensión inclusiva-excluyente de la idea de miembros de la comunidad cívica también resulta un problema para versiones republicanas más preocupadas por una democracia que promueva la participación deliberativa (Martí *et al.*, 2003).

¹⁵ Su requisito de particularidad resulta pertinente para nuestro análisis si bien cabe tener en cuenta que Simmons está preocupado primordialmente por las obligaciones políticas, una cuestión sobre la que “cabalga” la autoridad del derecho –como ha dicho Dworkin (1986, p. 191)– pero que resulta diferente.

que no logra justificar todas las situaciones que alcanza (y debe alcanzar) esa autoridad particular.

En este sentido, su noción de invitado tampoco logra justificar la autoridad para reprocharle ofensas a turistas y residentes extranjeros de una forma consistente con sus propios postulados teóricos. Duff considera que el rol de invitadas ubica a las personas ajenas a la comunidad “en una particular relación con la ley, una que les otorga una razón relacional distintiva para respetar esa ley” (Duff, 2013, p. 208, 2015, pp. 28-29). Pero, más allá de esta invocación, no elabora mucho más sobre la naturaleza de esa razón relacional de las visitas y su consistencia con el resto de su teoría.¹⁶ Entiendo que, a partir de una lectura de buena fe, su noción de invitados se podría reconstruir de dos maneras.

Una primera versión podría ser espacial. La idea de personas invitadas a la comunidad podría entenderse como la de aquellas personas que simplemente *están* en la comunidad. Así, mientras los ciudadanos *pertenecen* a la comunidad, los invitados *están* en la comunidad. En su libro más reciente, Duff explica que una comunidad tiene autoridad legítima sobre las ofensas cometidas por sus invitados porque ellos las cometieron en su casa. Todo lo que pase en mi hogar cívico constituye mi asunto, dice Duff (2018, p. 123). Pero lo cierto es que Duff se resiste a una explicación del vínculo de la comunidad y sus visitas como meramente territorial. La idea de las visitas “no significa regresar a un principio geográfico que funde la jurisdicción en la ubicación territorial del delito: el sentido normativo de la jurisdicción sigue siendo la identidad de la ley como la ley de una polis particular, cuyos miembros siguen siendo sus destinatarios primarios” (Duff, 2007, p. 54, 2010, p. 302, 2018, p. 122). La comunidad, para Duff, no consiste en una mera agregación de intereses en materia de seguridad o de individuos que casualmente se encuentran en el mismo territorio. La comunidad exige un interés colectivo que sea entendido como “nuestro” interés, como valores compartidos, y requiere “personas que se vean a sí mismas

¹⁶ En general, se limita a afirmar que no es el lugar para desarrollarla (Duff, 2007, p. 54), lo cual deja espacio para que quienes se sientan atraídos por Duff o el republicanismo hagan sus propios aportes. Acá sólo me limito a señalar la necesidad de explorar ese camino.

comprometidas en un proyecto común más allá de vivir una al lado de la otra” (Duff, 2007, pp. 44 y 54, 2011, p. 137).

Una segunda manera de definir el vínculo que une a las visitas con la ley de la comunidad política podría radicar en la propia ley penal que las protege y las obliga mientras dura su visita. Duff, por momentos, parece inclinarse por esta explicación (Duff, 2011, p. 142, 2013, p. 208, 2015, p. 29, 2018, p. 121). Cuando describe la razón relacional de los invitados sostiene que, así como ellos reciben los beneficios de ser protegidos por la ley penal de la comunidad que los aloja ante las ofensas que pudieren recibir, deben aceptar responsabilidades de esa ley penal a cambio. Pero esta explicación transgrede su propio modelo meta-penal de autoridad punitiva: si la autoridad para llamar a rendir cuentas a las personas invitadas se justifica en la propia ley penal (o en una protección penal que otorgaría), entonces la autoridad sobre las visitas no guarda consistencia con el esquema de autoridad penal de Duff que supone que la justificación del castigo debe encontrarse en una relación política anterior. El propio Duff, al explicitar su teoría general, sostuvo que el derecho penal puede fortalecer esa relación, pero que esa relación debe preexistir, pues nuestro derecho presupone un *nosotros* preexistente, una comunidad (aunque sea aspiracional) también preexistente a quien esa ley le pertenece (Duff, 2011, p. 138).

La solución duffiana de la inmigración como visitas, entonces, se encuentra en conflicto con dos postulados teóricos centrales de su modelo. O bien entendemos a la persona invitada como una protegida y por ende obligada por la ley penal, y entonces hacemos colapsar el esquema meta-penal que caracteriza la justificación del castigo de Duff, esto es, renunciamos a una justificación (política) del reproche penal por fuera del derecho penal. O, por el contrario, entendemos al invitado como aquel que está físicamente en el hogar cívico y entonces diluimos la idea de comunidad política en una noción territorial.¹⁷

Mi punto es que tal como está formulada hoy la teoría de Duff – fundada en una relación de ciudadanía– no logra alcanzar a los invitados de manera consistente y por ende no resulta lo suficientemente general.

El carácter insuficientemente general de la teoría de Duff constituye un problema normativo central con implicancias empíricas significati-

¹⁷ Para una crítica similar, véase Chehtman, 2010, y Wringe, 2021.

vas. En el plano normativo si el castigo resulta legítimo sólo y en tanto se funde en una norma que yo pueda reconocer como propia, entonces el castigo impuesto a las personas invitadas en virtud de una ley ajena no puede resultar legítimo (Duff, 2018, p. 121). La relación de las visitas con la ley penal ajena que las llama a rendir cuentas no puede tratarse de “casos peculiares” (Feldman, 2006), destinatarios secundarios de la ley penal (Duff, 2007, p. 55) o excentricidades que escapan, sin mayor elaboración, a la justificación “paradigmática” del castigo (Duff, 2018). Turistas y residentes extranjeros dejan al descubierto los límites de una teoría que funda la autoridad del castigo en la membresía ciudadana. Lejos de tratarse de *casos aislados*, turistas y residentes extranjeros expresan un déficit –como dice Grosman (2006, p. 59)– “estructural” para una teoría de la membresía.¹⁸

Este problema normativo no representa una inquietud meramente teórica. La falta de principios teóricos de la autoridad para el castigo de los extranjeros resulta problemática porque nos impide imaginar el orden y los límites de una práctica relevante en términos empíricos. No o me refiero a cuánto representa el reproche penal a las personas extranjeras en la práctica total del castigo sino que entiendo que es relevante porque las consecuencias que se siguen de un delito son más extensas cuando éste es cometido por una persona extranjera, pudiendo llegar hasta la expulsión del territorio que habitan.

Pero, además, la práctica del castigo a las personas extranjeras acarrea un peso simbólico importante en el marco de la convergencia entre el derecho migratorio y el derecho penal que Juliet Stumpf (2006) llamó *crimigración* y que, más allá de sus diferentes raíces históricas en cada nación,¹⁹ tal vez sea uno de los topos definitorios del discurso político. Para mantenernos dentro del ejemplo que eligió Duff, Argentina entreveró la idea de la inmigración con el crimen desde al menos la “Ley de Residencia” 4144 de 1902 sancionada bajo el temor de que la invitación extendida en el Preámbulo de la constitución convirtiera a

¹⁸ De hecho, y como señaló Waldron (1993), tienden a ser los ejemplos a los que recurren los críticos de las teorías “de la obligación adquirida” para anclar la autoridad en algún “deber natural”.

¹⁹ Para una referencia latinoamericana de la crimigración, véase Quinteros *et al.*, 2021.

este país “en la tierra de promisión para todo vagabundo o delincuente que no encuentra cabida en Europa”.²⁰ Así, inició una tendencia hacia la penalización de la regulación migratoria por tres vías diferentes.²¹ La primera vía podemos identificarla en la regulación sobre las expulsiones, que se caracterizó por aplicarlas como consecuencia de conductas definidas tan vagamente como incitar “la abolición de nuestra forma organización social”²² o atentar “contra la paz social”²³; expulsiones que, además, eran decididas de forma unipersonal por algún oficial de la administración sin contralor judicial. Según nos respondieron a un pedido de información pública, las disposiciones de expulsión expresan un constante aumento desde, al menos, 2005.²⁴ La segunda

²⁰ La ley 4144 (1902) fue inspirada en un proyecto del senador Miguel Cané y en su libro abiertamente anti-inmigrantes llamado “Expulsión de Extranjeros” (véase Cané, 1899, pp. 11 y 20). Allí Cané sostenía que Argentina se había convertido “en un laboratorio de crímenes –y de los más bárbaros que pueden imaginarse– al amparo de la más absoluta impunidad. Nuestro código penal, tan deficiente en general, no podía, como no lo puede el más perfecto de la tierra, legislar para los cuasidelitos o aquellos actos que importando un peligro, sea para la seguridad del Estado, sea para el mantenimiento del orden público o de la tranquilidad social, no han adoptado las formas externas que pueden hacerlos caer bajo la ley penal” (Cané, 1899,, p.12). Esas ideas de la defensa del cuerpo social no fueron ideas aisladas en nuestra historia. La escuela criminológica positivista influenciada por Ferri, Lombroso y Garófalo y encarnada, por ejemplo, en Eusebio Gomez, compartió postulados. Sobre este punto, véase Scarzanella, 2004.

²¹ Para un desarrollo histórico extenso sobre cómo la regulación moduló la frontera argentina, véase Beguerie, 2019; Giuliano & Beguerie, 2019.

²² Decreto 22.737/1956 art. 10 ap. II, K, que además sujetaba la regularidad migratoria a la prohibición de atentar contra la forma de organización “política o prediqu[e] doctrinas que atenten contra las instituciones democráticas o pretend[a] implantar regímenes totalitarios”.

²³ Decreto-ley 18.235/1969, art. 1. Esta última fórmula fue repetida por el decreto-ley Videla en 1981.

²⁴ El pedido de información pública que realizamos a la DNM comprendía un período histórico más extenso pero la respuesta aportó datos de expulsiones desde 2004. La respuesta señala la siguiente cantidad de expulsiones por año: 626 en 2005, 962 en 2008, 1120 en 2011, 1760 en 2014, 4336 en 2017. Esta información incluye órdenes de expulsión (sin indicar su efectivización) y comprenden aquellas dispuestas en virtud del art 29 inc. C y art. 62 de la ley 25.871. A su vez la información desagregada por género femenino y masculino

vía se dio en la criminalización de la frontera que pasó de no imponer sanción alguna para los inmigrantes que infringieran la regulación migratoria en la “Ley Avellaneda” 817 (1876)²⁵ a convertir tales violaciones en delito.²⁶ Finalmente, la tercera vía podemos vislumbrarla en la penalización del procedimiento migratorio –sin todas sus garantías– que implicaba, entre otros aspectos, amplias facultades investigativas sin orden judicial,²⁷ la prisión preventiva dispuesta por autoridad administrativa,²⁸ y la falta de revisión judicial de la expulsión.²⁹ ³⁰ Sin con-

muestra que mientras las disposiciones de expulsión de 2014 a 2017 se duplicaron en los hombres, en el caso de mujeres se triplicaron.

²⁵ Por el contrario, prevenía sanciones únicamente dirigidas a los capitanes de buques por las condiciones de traslado de los inmigrantes o a los responsables del desembarco de los extranjeros. El inmigrante era sujeto de protección de la ley y aunque eventualmente le podía ser denegada su posibilidad de desembarco, no era pasible de incurrir en infracciones administrativas. Ley 817, art 35 y 41. Tanto fue así que la CSJN, en 1928, entendió que no existía norma alguna que permitiera la expulsión del inmigrante que, aun habiendo ingresado clandestinamente, no había sido detenido en la frontera. CSJN, “Maciá”, *Fallos* 151:211 (1928).

²⁶ Se originó en un decreto del gobierno *de facto* de Farrell sobre la “Represión de delitos contra la seguridad del Estado” 536/1945 y se mantuvo al menos hasta 2004, mediante otras regulaciones y continuó en el Decreto “Guido” 4805/1963 entre otros.

²⁷ Decreto-ley 22.439/1981, art. 107.

²⁸ Decreto-ley 4805/1965, art. 7. Con anterioridad, la Ley 4144 (1902), art. 2 prevenía que el Poder Ejecutivo, como medida de seguridad pública, podía ordenar la detención del extranjero hasta el momento de efectivizar la expulsión; Decreto-ley 22.439/1981, arts. 40-43 y disposición 4166/2002, en especial considerandos.

²⁹ Decreto-ley 4805/1965, art. 6 y 8. Otro antecedente puede verse en Decreto-ley 18.235/1969, art. 1. En 1969, y bajo el mando de Onganía, cuando el PEN ordenaba la expulsión, el habitante contaba con 5 días para partir y la expulsión era irrecurrible; Decreto-ley 22.439/1981, art. 38. En el decreto “Guido” 4805/1963, esa autoridad radicaba en el Director Nacional de Migraciones, y más tarde fue delegada en jefes departamentales o en la propia policía. Cf. resolución DNM de octubre de 1980 que delega en ciertas policías patagónicas la facultad de hacer la declaración de ilegalidad del art. 152 del reglamento 4418/65. La disposición 4166/2002 delegaba en las jefaturas de departamento de control la facultad de declarar ilegal y expulsar a un inmigrante como también todos los actos necesarios para ese fin como ordenar la detención precautoria.

³⁰ Esta creciente severidad regulatoria no parecía tener relación con los mo-

fundir este contexto más amplio de la “crimigración” con el fenómeno específico del reproche penal a las personas extranjeras, cabe tenerlo en cuenta para dimensionar el significado que rodea a ese castigo a las personas extranjeras en una comunidad política.

En ese contexto, el carácter insuficientemente general de la teoría meta-penal de Duff lo enfrenta a una disyuntiva relevante: abandonarla o reformularla. El debate así planteado parece dirimirse entre (i) fundar la respuesta punitiva en una noción fuerte de pertenencia a una comunidad en concidadanía pero dejar sin orientación normativa a las diversas formas de castigo impuestas a las personas extranjeras o (ii) renunciar a una justificación relacional del castigo para todos.

En lo que sigue, ensayaré sobre ambas opciones. Explorando la senda del abandono, criticaré tres alternativas que proponen deshacerse por completo de una justificación del castigo fundada en la ciudadanía y reemplazarla por otros principios. Planteo que, al igual que la teoría de Duff, las tres alternativas también pueden ser observadas como insuficientemente generales. Luego, tomando el camino de la reformulación, propongo que quienes creen que la legitimidad del castigo deba fundarse en una relación política podrían reconsiderar la membresía ciudadana (paso b) como único contenido de la relación política fundante del castigo (paso a) para incluir otros tipos de vínculos de convivencia política. En este sentido, sugeriré algunas líneas iniciales sobre cómo podría darse esa reformulación.

vimientos inmigratorios en el país que después de 1914 y por décadas mantuvieron una tendencia decreciente (ver cuadro anexo). A su vez, las estadísticas indican que mientras el porcentaje de población extranjera en 2010 era del 3,1% sobre el total, el porcentaje de población penitenciaria extranjera en 2010 ascendía al 6%. Cf. DNM http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/Censos.pdf, cf. SNEEP (con datos federales y provinciales): https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_sneep_argentina_2010.pdf

IV, ¿Abandonar la justificación relacional? Alternativas a la justificación del castigo a personas extranjeras

En busca de una orientación normativa del castigo a las personas extranjeras, Zedner, Yaffe y Chehtman buscaron reemplazar la noción de membresía política o ciudadanía de Duff con explicaciones alternativas.

A. Moradores de Zedner: ampliación de la membresía

Lucía Zedner, desde la academia concentrada en la crimigración, denuncia las limitaciones de la idea de ciudadanía que domina la justificación del castigo.³¹ Señala que el aspecto territorial del derecho penal “no toma su autoridad de los límites geográficos sino que toma su autoridad de la significancia normativa que tienen las relaciones (soberano-súbdito, contractuales, o comunitarias) que enlazan a todas aquellas personas dentro de una frontera” (Zedner, 2013, p. 47, traducción propia). Según ella, precisamente es esta delimitación relacional la que crea el problema de justificación del reproche al no-ciudadano (Zedner, 2013, p. 47).

Una de las soluciones al problema que una podría imaginar radicaría en ampliar la membresía política a una membresía social; este es el tipo de estrategia que explora Zedner: propone reemplazar la membresía política por la noción de “moradores” (“denizens”) como un estatus híbrido que supera la clasificación binaria entre ciudadanía/no-ciudadanía para comprender a las personas que residen de forma permanente en el territorio y gozan de sus derechos (Zedner, 2013, p. 54).

Haciéndose eco de las observaciones de Zedner, Duff ensaya una respuesta también en esta línea y propone desacoplar la ciudadanía formal de la sustantiva (Duff, 2015, p. 28, 2018, p. 122). Sostiene que en países con altas restricciones para adquirir la ciudadanía, debería distinguirse la idea de ciudadanía “sustantiva de una formal: en efecto, muchos de quienes no son ciudadanos en el sentido legal lo son en un

³¹ Si bien su crítica se dirige especialmente a los trabajos de Duff, Zedner advierte que esa idea de ciudadanía, en realidad, tiene un poder explicativo central más allá de las concepciones comunitarias del castigo para ocupar también un lugar basal en las teorías liberales (Zedner, 2013).

sentido sustantivo (...) han forjado su vida en ella” (Duff, 2015, p. 28). En este punto –en una nota al pie– Duff se refiere a los extranjeros regulares y a los extranjeros irregulares (Duff, 2015, p. 28), pero se refiere a ellos siempre en un contexto en el cual la adquisición de la ciudadanía se encuentra obstruida.³² La idea de ciudadanía sustantiva (o real por oposición a la formal) es, entonces, una ciudadanía por analogía pero ciudadanía al fin. El derecho penal tiene autoridad sobre los no-ciudadanos en tanto serían ciudadanos de no ser por los grandes obstáculos formales para la adquisición de la ciudadanía.

Sin embargo, la estrategia de ampliar la membresía política a la membresía social, tal como fue articulada por Zedner y por Duff, encuentra dos objeciones. En primer lugar, ni Zedner ni Duff elaboran en qué consiste el vínculo político entre los moradores y la norma por la que se los llama a rendir cuentas. Sus sugerencias de anclar la atribución de la norma a algún principio liberal o de hospitalidad no logran mantener una justificación de una autoridad particular ni superar los dilemas que supone obedecer una ley ajena, qué sentido de autoría podrían tener los moradores sobre la norma de otros, o cuánto depende la membresía social de la contingencia de que una nación les reconozca más o menos derechos a sus residentes (¿regulares o irregulares?).³³

³² Más adelante en *The Realm of Criminal Law*, Duff parece abandonar la variable de la dificultad para adquirir la ciudadanía formal como una variable relevante. Allí afirma que más allá de la observación de Zedner, prefiere “retener” la idea de ciudadanía sobre la de moradores y en todo caso definir la ciudadanía o los caminos para adquirirla teniendo en cuenta la comunidad “en la que las personas hacen o desean hacer sus vida” (Duff, 2018, p. 122).

³³ En cuanto a la definición de los vínculos políticos en los que Duff asienta la justificación del castigo, Zedner critica su intento de recurrir a la relación de hospitalidad. La realidad política, dice Zedner, indica que la voluntad nacional puede ir en otra dirección (un tanto inhóspita). Sin embargo, Duff podría observar que su proyecto es normativo más allá de las actitudes amables u hostiles que adopten los Estados en determinadas instancias. Entonces la segunda crítica de Zedner adquiere relevancia: si el vínculo que justifica el reproche legítimo a las visitas se funda en una hospitalidad que excede una gracia generosa para convertirse en un imperativo de acción, entonces necesitamos una teoría más elaborada sobre esa hospitalidad y los deberes que impone sobre anfitriones e invitados. Según Zedner la hospitalidad no podría superar el dilema que supone sujetar a personas no ciudadanas a una ley sobre la que no tienen

En segundo lugar, tal vez el déficit más importante radique en que al definir la relación de asociación que justifica la autoridad punitiva como una entre moradores o de membresía social, la justificación sigue siendo insuficiente para explicar supuestos que el derecho debería alcanzar. La idea de ciudadanía sustancial de Duff explica la autoridad sobre las personas extranjeras a pesar de sí mismas, pero no sobre las extranjeras por propia decisión: aquellas que no quieren dejar su nacionalidad de origen en contextos en que resulta relativamente sencillo adquirir la ciudadanía. A su vez, la idea de moradores de Zedner tampoco alcanza a justificar la autoridad para reprocharle una ofensa a una turista. El límite entre ciudadanía/no-ciudadanía resulta simplemente reemplazado por otra dualidad como moradores/no-moradores.

B. Visitantes de Yaffe: un salto al consentimiento

Otra forma de pensar la relación entre la ley de la comunidad y sus visitas podría ser el consentimiento: a las visitas las puedo llamar a rendir cuentas por una ley ajena en tanto la consintieron.

Tal vez entre las propuestas más sofisticadas y comprometidas con principios democráticos se encuentra la de Gideon Yaffe. En su defensa por la lenidad en el castigo para los niños, Yaffe también se dedica a los extranjeros. En esa oportunidad, sostiene que a los niños les deberíamos “un respiro” porque no pueden votar las leyes cuya violación les reprochan.³⁴ Ese argumento de “no son mis leyes” podría estirarse

ningún sentido de autoría (Zedner, 2013, p. 48). Después de estas críticas a las ideas republicanas de la fundamentación del castigo, Zedner propone desplazar a la idea de ciudadanía de su lugar central y reemplazarla con valores liberales pero no elabora cómo esa respuesta logra justificar una autoridad particular frente a otras sin recurrir al territorio (Zedner, 2013, p. 53).

³⁴ Yaffe (2018) elabora una justificación filosófica original para la idea más convencional de que deberíamos “darles un respiro” a los niños a la hora de reprocharles sus ofensas criminales. Su argumento en favor de la lenidad en la justicia juvenil se aparta de la intuición de que las personas adultas y los niños resultan estructuralmente diferentes. Su argumento, en cambio, es democrático. Los niños merecen lenidad porque no pueden votar, porque las leyes no les son suyas, porque no son autores del sistema legal que les reprocha.

y llevar lenidad a otros grupos que no votan. Como a las personas extranjeras. Pero Yaffe traza límites: a diferencia de otros no-votantes, las visitas consintieron no objetar la autoridad de las leyes del país que visitan. Su punto central es que parte de la condición de ingreso a un país supone el aceptar la autoridad de la norma que le impide objetar que las leyes le sean aplicables porque “no son sus leyes” (Yaffe, 2018, p. 193). Esta condición obliga a las visitas a decidir entre retirar sus objeciones democráticas o repudiar su estatus como visita. Yaffe agrega que no “cre[e] que esta es una elección genuina” (Yaffe, 2018, p. 193).

Como Duff, Yaffe recurre a la analogía doméstica cuando llega la hora de cuadrar la teoría democrática de justificación del castigo con la cuestión del reproche a los inmigrantes: “así como una visita a una casa violaría las reglas de etiqueta si objetara las reglas de la casa porque esta casa no es suya, es impermissible que una visita a un país se queje de que las leyes (...) no son suyas” (Yaffe, 2018, p. 191).

Para quienes empezaban a preguntarse por los inmigrantes irregulares, agrega que no hay ninguna implicancia especial para ellos, pues en este punto están en la misma posición que los visitantes regulares. La cuestión, para Yaffe, no está dada por la legalidad del ingreso sino por “su presencia en nuestra tierra”. En este sentido, la presencia voluntaria en esta tierra funciona como una renuncia tácita a cuestionar la autoridad del lugar (Yaffe, 2018, p. 194).

Sin embargo, la concepción de la inmigración como una visita que consiente no objetar la autoría de reglas ajenas también encuentra dos objeciones. En primer lugar, la idea de la inmigración como una elección genuina no parece reflejar todos los supuestos. Por una parte, la elección genuina no refleja los vínculos políticos de la inmigración arraigada por extensos períodos de tiempos. La idea de renunciar a cuestionar la autoridad de normas ajenas parece funcionar para explicar los vínculos de la ley con los turistas, pero no con aquellas personas extranjeras con quienes compartimos una cohabitación prolongada. Incluso el consentir una autoridad ajena podría reflejar la dinámica de una inmigración que recién se asienta, pero a medida que pasa el tiempo y se desarrolla un vínculo con la comunidad, la posibilidad de que la mera presencia territorial alcance para consentir una autoridad ajena parece desdibujarse. En esos casos la idea de consentir normas ajenas y la renuncia a protestar la ilegitimidad de una autoridad ajena no reflejará el fenómeno en su real dimensión. Por lo demás, y más allá de que en muchas personas que migran puede rastrearse alguna ins-

tancia en la que eligen hacerlo aun condicionadas por circunstancias impuestas y más o menos propulsadas por necesidades que acotan la decisión de volver sobre sus propios pasos, hay otros supuestos en que la elección claramente no puede calificarse de genuina. Keerthana Annamaneni señala como ejemplos los supuestos de exilio, asilo, refugio y apatridia.³⁵

En segundo lugar, la solución de Yaffe no articula cómo conviven dos fuentes diferentes de autoridad del castigo: los ciudadanos pueden exigir cierta autoría de las normas sobre las que se funda el reproche penal mientras a las visitas se les infiere un consentimiento a partir de su presencia en la tierra que visitan.³⁶ La idea de una elección genuina de las visitas de ingresar (regular o irregularmente) al territorio de otros y consentir la autoridad de un sistema de normas suena a autogobierno, pero no lo alcanza en toda su dimensión pues no deja de referirse a consentir la autoridad de normas ajenas, escritas por otras personas con quienes no hay un vínculo de ciudadanía. Si el autogobierno exige una oportunidad de autoría sobre las leyes para poder hacerlas propias y reconocerlas como legítimas entonces la idea de una “elección genuina” de no objetar la autoridad de la norma ajena no alcanza por sí sola para conformar esos estándares democráticos.

C. Beneficiarios de Chehtman: un salto al Fair Play

Una tercera forma de definir el vínculo de los invitados con la autoridad ajena podría anclarse en la presencia territorial. Como vimos, Duff se resiste a una explicación que “regrese al principio de territorialidad” (Duff, 2007, p. 54, 2010, p. 302, 2018, p. 122) pero tal vez valga la pena explorar algún significado alternativo en la presencia territorial.

³⁵ Annamaneni (2020) parte de la ausencia de genuina elección para abogar por mayor lenidad a la hora de aplicar las leyes a las personas extranjeras.

³⁶ En un artículo más reciente, que discutiremos en la sección V, Yaffe (2020) articula de forma interesante cómo el acto paradigmático del derecho penal llamar a rendir cuentas por la violación de una ley exige que esa ley me sea atribuible. Allí explicita que pueden existir diferentes criterios para atribuir una ley pero, como veremos, deja pendiente un principio que ordene la prevalencia de un criterio sobre otro.

Alejandro Chehtman elabora una justificación del castigo justamente de este tipo. Después de señalar que la noción de invitado de Duff expone la insuficiencia del vínculo de ciudadanía para justificar el castigo a las personas extranjeras (entre otros supuestos), propone renunciar a un fundamento del reproche penal basado en una relación política.³⁷ Chehtman cree que Duff “subestima la significancia moral de estar junto a otros” en un mismo territorio, aunque sea de forma circunstancial (Chehtman, 2010, p. 440). A su entender el poder de castigar en un sentido hohfeldiano (Chehtman, 2013, pp. 34-57) se funda en el “interés colectivo de los individuos *en* ese Estado en que sus normas jurídico-penales estén en vigor” (Chehtman, 2013, p. 61, la cursiva es mía), que a su vez se justifica en que el sistema penal vigente contribuye “a su sensación de dignidad y seguridad” (Chehtman, 2013, p. 68). El territorio cumple la función crucial de identificar a los individuos cuyos intereses justifican el poder de castigar (Chehtman, 2010, p. 448).³⁸

Los trabajos de Chehtman recorren un camino poco común: en lugar de proponer una justificación del castigo y luego acomodar los casos excéntricos, construyen su principio a partir de una reflexión sensible a esos márgenes del derecho penal. Pero creo que su planteo podría encontrar dos objeciones. En primer lugar, no queda claro cuánto escapa a la explicación política y meta-penal del castigo a la que su teoría dice reemplazar con una explicación territorial y puramente penal. Sostiene que el poder punitivo se justifica en el interés en el propio sistema punitivo vigente en un territorio,³⁹ pero al recurrir al interés en un orden

³⁷ Chehtman (2013, p. 128) observa además que, para ser persuadido por el juicio y el castigo penal, de hecho, el invitado no necesita un vínculo de ciudadanía con la comunidad “no es para nada claro por qué el Reino Unido no sería capaz de llegar a la conciencia moral de un violador italiano por el sólo hecho de su nacionalidad italiana”.

³⁸ Cabe señalar que para Chehtman no resulta indiferente la legitimidad de un sistema penal pero señala que esa atribución dependerá en todo caso del respeto al debido proceso (Chehtman, 2010, p. 449).

³⁹ Acá podría haber matices. En *Fundamentación Filosófica* (Chehtman, 2013, p. 61) se refiere al interés en la sensación de protección que otorga el sistema penal, pero en *Citizenship v. Territory* (Chehtman, 2010) por momentos parece ampliar ese interés al interés al sistema jurídico (in totum) en vigor, con lo cual saldría de esta lógica de justificar el sistema penal en el beneficio que su vigencia otorgaría para anclarlo en el sistema jurídico en general. Allí afirma que “el

vigente, su teoría escapa a una noción meramente territorial y parece reflejar una preocupación por cierta convivencia política. La “significancia moral” de la convivencia a la que él se refiere (Chehtman, 2010, p. 440) es también una significancia política.

Como dijimos al comienzo, el territorio es en sí mismo una noción político-legal, la geografía no explica su propia “magia” (Raustiala, 2004). Por otro lado, cuando Chehtman recurre al interés colectivo convivencial también explica al territorio más allá de sí mismo; más allá de que afirme que “no es necesaria ninguna relación particular” (Chehtman, 2013, p. 219) entre una acusada y quien la llama a rendir cuentas, en su referencia al interés colectivo en un orden de convivencia sí se insinúa una relación entre la acusada y la norma cuya violación se le reprocha. Ese propio interés colectivo entre convivientes parece encuadrarse en una relación de índole política que explica la atribución de la norma sobre la que se funda el reproche a las personas extranjeras en el territorio.

En segundo lugar, si bien la idea de interés-beneficio del sistema penal resulta más general que la idea de ciudadanía de Duff, en tanto explica más supuestos de aquellos alcanzados por el poder punitivo, lo cierto es que como él mismo reconoce “cabe admitir la posibilidad de que alguien no se beneficie de un bien público determinado y, también, de que algunos se beneficien más que otros” (Chehtman, 2013, p. 76). Por ello, se podría objetar que su teoría tampoco tiene un alcance suficientemente general. Resulta que el interés en un sistema en vigor dependerá de la comparación con otros escenarios imaginables que podrían arrojar intereses más relevantes.⁴⁰

interés colectivo que los individuos [que comparten territorio] tienen en que el sistema vigente sea obligatorio para ellos como para los demás a su alrededor, es un interés lo suficientemente importante como para justificar el conferirle a un Estado el poder de castigar a los que violan esas normas” (p. 439).

⁴⁰ Más allá de la diferencia entre beneficios y beneficios aceptados, Simmons (1979) plantea una objeción similar a las teorías de la coordinación de intereses como el “Fair Play”: se trata de justificaciones de la autoridad insuficientemente generales pues no comprenden a quienes no recibieron los beneficios, o no los aceptaron, o a quienes no entienden que la comunidad sea debidamente cooperativa.

V. ¿Reformular la justificación relacional del castigo? Una teoría sin singularidad de fundamento

La falta de generalidad de una teoría asociativa fundada en la membresía ciudadana podría conducir a abandonarla por completo y recurrir a otra teoría de la autoridad fundada en el consentimiento o en el “Fair Play” pero que, como vimos, puede contar también con sus propias limitaciones.

Creo que, para quienes entiendan que la autoridad para castigar surge de una relación política anterior, una forma de escapar del dilema que supone el déficit de generalidad que acarrea la ciudadanía se encuentra en renunciar a la pretensión de que la membresía política constituya el único fundamento por el que se puede atribuir una norma penal. Lo cierto es que a quienes habitamos un territorio político nos unen distintos grados y tipos de relaciones políticas de convivencia. Tal vez el problema no sea la membresía política sino pretender que ella sea la única fuente de autoridad del castigo.⁴¹ Esto es, podríamos reformular el segundo paso (b) del esquema meta-penal de Duff de manera que el contenido preciso de la relación política en que se funda el reproche pueda dar cuenta de otros vínculos políticos que unen a quienes cohabitamos el mismo territorio.

Otros autores también defienden la pluralidad de fundamentos de la autoridad ya sea en la teoría de la migración (Song, 2016)⁴² o en la teoría penal (Lorca, 2020 y Yaffe, 2020). En su trabajo más reciente sobre el castigo a los no-ciudadanos, Yaffe parte de la premisa de que la práctica central del derecho penal, el llamar a rendir cuentas, exige que la norma por la que se me llama a rendir cuentas me sea atribuible; pero, explica, una norma me puede ser atribuida en razón de diversos criterios (Yaffe, 2020, p. 357).⁴³ Por otra parte, y desde una concepción

⁴¹ Simmons llamó a este tipo de pretensión de autosuficiencia del principio que sostiene una teoría el “requisito de singularidad del fundamento”. Él también descarta el requisito de “singularidad de fundamento” como un fundamento necesario de una justificación de la autoridad (Simmons, 1981, p. 35).

⁴² Song (2016) defiende al menos tres criterios de autoridad sobre quienes están en el territorio: membresía, “Fair Play” y coacción.

⁴³ Ya sea porque en tanto ciudadana puedo influir en la ley de mi comunidad, ya sea porque en tanto visitante pierdo el poder de desautorizar la ley ajena cuando existe la expectativa (legal o personal) de que mi comunidad me

asociativa similar a la de Duff, Lorca (2018 y 2020)⁴⁴ también combina fundamentos del castigo al señalar que, respecto de las personas ciudadanas, el reproche penal sólo resulta legítimo cuando media una relación de membresía política que satisface requisitos procedimentales y sustantivos;⁴⁵ pero en cambio, respecto de los turistas, y a pesar del “obvio déficit en la relación política” con ellos, el castigo encuentra un fundamento legítimo en el mero consentimiento: las visitas consienten –al menos tácitamente con su presencia– normas e instituciones ajenas (Lorca, 2020).⁴⁶

En la senda de una justificación del castigo sensible a los vínculos políticos, una explicación meta-penal como la Duff podría reformularse de manera que (a) el castigo mantenga una justificación anclada en

proteja frente a ofensas cometidas por no-ciudadanos, Yaffe (2020, p. 362) entiende que una norma me puede ser atribuible. Este último trabajo no indica si resulta un agregado de su anterior requisito de “consentimiento genuino” o si se trata de la superación de aquel concepto.

⁴⁴ Lorca entiende que muchas prácticas penales, como el castigo a los niños o a personas en situación de pobreza extrema y sistemática, carecen de legitimidad (Beade y Lorca, 2017; Lorca, 2018). También Cigiuela Sola (2015) y Rekers (2020) parecen preocupados por el impacto de la exclusión social en la legitimidad del castigo.

⁴⁵ En su aspecto procedimental, exige que participemos en la definición de las normas e instituciones legales y, en su aspecto sustantivo, demanda interacciones públicas igualitarias en la comunidad. En su planteo, ambos aspectos de la membresía, el procesal y el sustantivo, deben estar asegurados para que pueda predicarse la legitimidad de un castigo (Lorca, 2020).

⁴⁶ Lorca observa agudamente que Locke y Grocio efectúan una justificación del derecho de castigar a los ciudadanos que adquiere más sentido si se aplica a los extranjeros –pese a que ellos se resisten a hacerlo. En palabras de Lorca (2020): “incluso si uno está en desacuerdo en general con la capacidad del consentimiento para fundar la autoridad política, es plausible sostener que el ingreso voluntario al territorio de un país implica un consentimiento tácito de respetar sus instituciones e incluso si este consentimiento tácito no pareciera suficiente como para fundar un reclamo amplio de autoridad política, sí parece entregar algo de fundamento al reclamo de autoridad de un Estado para castigar a los extranjeros que violan sus leyes penales”. Más allá de la plausibilidad del consentimiento como fuente complementaria de autoridad, el trabajo de Lorca ilustra cómo una teoría de justificación del castigo podría adoptar más de un criterio para atribuir la norma por la que llaman a rendir cuentas.

una relación asociativa y política, pero (b) cuyo contenido preciso no se circunscriba a la membresía ciudadana sino que se complemente con otros criterios que puedan dar cuenta de los diferentes vínculos que nos unen a quienes cohabitamos un mismo territorio político.

Sin embargo, se podría objetar que una teoría de este tipo, en realidad, no es *una* teoría sino un simple popurrí de distintos criterios. Si el reproche se puede justificar en diferentes principios (“Fair Play” y asociación, o membresía y consentimiento, por imaginar combinaciones posibles), ¿qué explica que a las ciudadanas, por ejemplo, sólo se les puedan atribuir las normas que pueden reconocer como propias bajo algún criterio de membresía y no las que simplemente consienten con su presencia en el territorio? Bajo el arco de las teorías asociativas, los turistas y los extranjeros residentes exigen una mayor elaboración sobre la idea de membresía, una elaboración que explique cuándo se debería reconocer la membresía y cuándo la ciudadanía no resulta un criterio relevante para atribuir la norma cuya violación origina el reproche. Esto es, debería poder explicar las categorías de los miembros y de los miembros alienados, pero también de los ajenos.

Aquí sugiero dos pautas que se podrían tener en cuenta para reformular una teoría asociativa de la justificación del castigo como la de Duff a fin de que pueda explicar cuándo resulta relevante (y cuándo no) la membresía ciudadana: el grado de dependencia y el grado de participación. Ambas pautas podrían tener puentes entre diferentes fuentes de autoridad a las que se recurre para atribuir la ley de una comunidad política y llamar a rendir cuentas por su infracción de manera que la justificación del castigo alcance a la generalidad de personas que una ley sujeta bajo su jurisdicción local.

Esta propuesta no pretende agotar el esfuerzo que supone elaborar una justificación acabada del reproche y el castigo, ni siquiera resolver por completo la falta de generalidad de la teoría de Duff tal como fue expuesta hasta hoy. Simplemente ensaya el comienzo de una reconstrucción teórica que atienda ese déficit que aquí se le objeta. Veamos ambas pautas.

A. Nivel de dependencia

Una teoría de la autoridad del castigo de tipo asociativa como la de Duff exige que la ley de la comunidad sea mi ley. Otras teorías también exigieron que seamos hacedores de sus instituciones y de sus normas o

que nuestros intereses puedan ser tomados en cuenta o ambos aspectos en conjunto (Gargarella, 2016; Rosenkrantz, 2006).

Ahora bien, esa agencia sobre la definición de las instituciones de nuestra comunidad puede estar atendiendo a la relativa falta de agencia sobre la comunidad que nos toca. Al final, no elegimos dónde nacer. *Mi* pertenencia a la comunidad resulta en algún sentido en una dependencia de esa comunidad: allí tengo lazos de arraigo que hacen que sea relativamente difícil abandonar esa comunidad (por supuesto, no necesariamente imposible, en algunas oportunidades hasta podré adquirir ciudadanía en otra comunidad). En cambio, cuando viajo como turista mi vínculo respecto de la comunidad que visito pasa a caracterizarse por su baja dependencia. Dependencia, entonces, aquí se entiende como la relativa dificultad para salirse de la relación con la comunidad que me llama a rendir cuentas. No se identifica con la afectación de una comunidad en mi plan de vida – que Lorca (2020) llama el volumen de interacciones– sino con mi relativa dificultad para abandonar esa relación con la comunidad.

En su debate con Philip Pettit, Frank Lovett planteó que una concepción de la dominación debe ser sensible al “nivel de dependencia” o el costo de salirse de esa relación social (Lovett, 2010, p. 40). A partir de este concepto, Meghan Benton (2010, p. 122) plantea que tanto ciudadanos como refugiados, por ejemplo, dependen en un sentido relevante de la comunidad que habitan (en tanto resulta relativamente difícil abandonarla.⁴⁷ Más allá del debate entre republicanos sobre qué supuestos constituyen casos de dominación y cuales no, la idea de dependencia puede explicar cuándo resulta relevante la pertenencia a la comunidad política como condición de autoridad y cuándo otro principio más lábil de atribución de la norma puede alcanzar para justificar la autoridad del reproche (ya sea el común interés en la cohabitación o el consentimiento tácito a una autoridad ajena). De esa manera la turista deberá

⁴⁷ Benton sostiene que mientras ciudadanos y refugiados dependen de la comunidad, sólo los primeros pueden ejercer algún tipo de control relevante sobre la autoridad que los rige. Su trabajo no tiene por objeto la autoridad para castigar a no-ciudadanos sino identificar las circunstancias en las que algunos tipos de no-ciudadanos sufren un tipo de dominación relevante para el republicanismo.

responder por sus ofensas a la comunidad que visita porque la ley que infringió le es atribuible por algún principio más débil (como el interés común de la cohabitación o el consentimiento tácito) en función del bajo nivel de dependencia de la relación que la unía con la comunidad. En cambio, a medida que pasa el tiempo, los residentes no-ciudadanos desarrollan arraigo y el volumen de sus interacciones sociales y públicas con la comunidad crece. El tiempo y el volumen de las interacciones (Lorca, 2020) incrementan el nivel de dependencia de los residentes no-ciudadanos respecto de la comunidad que habitan. El tiempo los hace miembros de la comunidad social a pesar de su ajenidad política. En algún momento, la fuente de autoridad que supo alcanzar sobre los ajenos podría devenir insuficiente para atribuir una ley hecha por otros y para otros en una comunidad de la que pasó a depender en algún sentido relevante (Rubio-Marín, 2000). De esta manera el vínculo que me une con la comunidad que me llama a rendir cuentas importa, pero será definido en función de mi dependencia a esa comunidad.

Una sensibilidad a la dependencia podría explicar parte de los razonamientos de la teoría de Duff como de otras teorías republicanas y democráticas. Por ejemplo, la dependencia podría resonar con las preocupaciones de Duff cuando indica que su idea de ciudadanía comprende una fácil de ganar “y difícil de perder” (Duff, 2010). El principio de dependencia también podría explicar las diferencias trazadas por Robert Dahl respecto de los turistas. Recuérdese que Dahl planteaba que sólo podía predicarse la democracia de un sistema en el que todos aquellos sujetos a la ley tuvieran una decisión sobre ella,⁴⁸ pero en seguida exceptuaba de esa regla a los transeúntes que como los turistas “dejarán la comunidad antes de que las leyes los sujeten” (Dahl, 1989, p. 122). En esta línea, Ruth Rubio Marín (2000, p. 31) también parece hacerse eco de la dependencia cuando propone que la comunidad política tienda a incluir a la comunidad social y la residencia extendida

⁴⁸ Dahl (1989, p. 121) explicaba que se puede definir a la democracia como la decisión de su demos, o como la decisión de todos a quienes sujeta la ley; pero si se adoptaba la primera definición, entonces la democracia será indistinguible de cualquier otro sistema político. A su entender, la sujeción a la ley debería ser un criterio para definir la membresía política.

en el tiempo ya que ofrece un mejor sentido de afectación que la mera sujeción a las normas.

B. Nivel de participación

El déficit de generalidad de la teoría del castigo de Duff para incluir a los no-ciudadanos se monta sobre una paradoja anterior que Seyla Benhabib entendió como inevitable (Benhabib, 2004, p. 177): los ajenos no escriben las reglas de exclusión que los definen como tales. Mientras la paradoja conduce a algunas voces a abogar por robustecer los derechos de los inmigrantes,⁴⁹ Benhabib se enfoca en otro aspecto y propone redefinir la propia idea de autoría de manera que dé cuenta de las diferentes formas en que se puede crear el derecho de la comunidad más allá del sufragio y a los distintos procesos mediante los cuales una comunidad se autoconstituye (Benhabib, 2004). Así, invita a una comprensión más fluida y “porosa” de la distinción entre ajenos y propios (Benhabib, 2004, pp. 177, 216, 221) y llama a estos procesos “iteraciones democráticas” (Benhabib, 2004, p. 19).

A partir de una concepción democrática más amplia que la instancia del voto político, se podría dar cuenta de las diferentes formas en que participamos de la creación de nuestras normas y hacemos que nuestros intereses sean tenidos en cuenta.

Retomemos el caso argentino que cita Duff pero a la luz de estos diversos mecanismos de participación democrática. En Argentina, la ley 25.871 de migraciones (2004) marcó algunas rupturas con el pasado de la regulación migratoria pero, sobre todo, una ruptura con la histórica ausencia de participación democrática en la demarcación de la frontera interna y externa.⁵⁰ Si bien, como anuncia el Preámbulo constitucional

⁴⁹ Rubio Marín (2000) presenta también un argumento democrático: la comunidad política debe incluir a todos los miembros de la comunidad social; Fiss (1999) y Walzer (1983) presentan un planteo similar pero fundado en la igualdad; Bosniak (2007), abogando por la territorialidad ética, sostiene que la sujeción a la autoridad de una tierra debería ser razón para garantizar más derechos a sus residentes, pero asume la autoridad sobre la que este trabajo indaga; véase también Bohman, 2005.

⁵⁰ Curtis y Pacceca (2007) y Hines (2010) señalan cambios –aunque también defi-

que llamó la atención del Profesor de Stirling, la crimigración no existió siempre en Argentina, la fusión entre la regulación migratoria y la penal lleva algo más de un siglo. Ya en los debates que precedieron la reforma constitucional de 1898, la idea de la inmigración como necesaria para la construcción del Estado-Nación comenzó a competir con la visión de la inmigración como su amenaza⁵¹ y, como vimos, a principios del siglo XX esa resistencia a ciertas visitas se plasmó en normas concretas.

En contraste con esa historia, la ley 25.871 expresó algunas rupturas: (i) en cuanto a las expulsiones precisó que debían ser consecuencia de conductas previamente tipificadas como delito⁵²; (ii) respecto de la criminalización de la frontera protegió los derechos laborales de los inmigrantes irregulares⁵³; y (iii) en cuanto a la penalización del proceso redujo el universo de obligados a denunciar la irregularidad de migrantes, impuso que la prisión preventiva a la expulsión sea ordenada judicialmente y, a su vez, que las expulsiones fueran revisadas judicialmente.⁵⁴

Pero el contraste que marcó la ley 25.781 respecto del pasado no se dio sólo en cómo se reguló la migración sino en quiénes participaron de la adopción de esa norma. El pasado de severidad migratoria fue, como otros ámbitos regulatorios en la historia argentina, el resultado de decisiones de deficientes o nulas credenciales democráticas. En cambio, con sus déficits y sus sombras, la ley 25.871 fue el resultado de años de trabajo de la ciudadanía y de las organizaciones de migrantes en el país. Las objeciones a la norma anterior (decreto-ley “Videla” 22.439 de

ciencias—en la nueva ley de migraciones. En las críticas señalan que si bien facilita la regularización de la inmigración regional no hace lo propio con otros inmigrantes. Novick (2004, p. 67) valora la nueva ley como la gestación de un nuevo modelo. Asa y Ceriani (2004, p. 481) describen los principales cambios de la nueva ley.

⁵¹ Los debates de la Convención Constituyente sobre cuántas personas debía representar cada banca de la Cámara de Diputados están permeados por las diferentes concepciones sobre el rol de la inmigración: allí se disputan las ideas de ciudadano, habitante, extranjero y razas (cf. Convención Constituyente de 1898, pp. 794 y ss. disponible en <http://ravnidigital.com.ar/asambleas/asa5/asa5110000.html?h=794>).

⁵² Cf. art. 62, ley 25.871

⁵³ Cf. art 56, 57, 58 y 67, ley 25.871.

⁵⁴ Cf. art. 61, 63, 69, 70 y 74 a 90, ley 25.871, y también art. 71 del decreto reglamentario. Para una descripción de los nuevos institutos de la ley 25.871, véase también Hines, 2010.

1981) se habían acumulado a lo largo del tiempo⁵⁵, hasta que, en 1996, las organizaciones no gubernamentales que trabajaban por los inmigrantes canalizaron sus preocupaciones en la formación de una “Mesa de organizaciones en defensa de los derechos de los inmigrantes”.⁵⁶ Con ese objetivo, distribuyeron a distintos Diputados un documento que exponía los problemas de la normativa vigente hasta ese entonces.⁵⁷ En entrevistas individuales, protagonistas de la “Mesa” relataron cómo el proceso de creación de la ley de migraciones de Argentina fue el resultado de interacciones con organismos internacionales⁵⁸ y organizaciones locales de migrantes; relataron que participaron organizaciones locales

⁵⁵ Cf. Informe Anual del CELS 1995.

⁵⁶ APDH (Asamblea Permanente por los Derechos Humanos), Arzobispado de la Ciudad de Buenos Aires, CAREF (servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a inmigrantes y Refugiados), CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), CEMLA (Centro de Estudios Migratorios Latinoamericanos), el Departamento de Migraciones de la CTA (Confederación de Trabajadores Argentinos), FCCAM (Fundación de la Comisión Católica Argentina de Migraciones), MEDH (Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos), RIMCA (Red de Investigadores de las Migraciones Contemporáneas en Argentina) y SERPAJ (Servicio de Paz y Justicia). Cf. Asa y Ceriani, 2004, nota al pie 1, p. 479, y Correa, 2004, pp. 173-179. Ese mismo año, ADC y CELS plantearon el habeas corpus en el caso “De la Torre”.

⁵⁷ Todos los años se presentó al menos un proyecto sobre la materia y a partir de 1996 se presentaron más de un proyecto por año (véase Correa, 2004, pp. 173-179). La Mesa fue comentando cada una de esas iniciativas. Véase por ejemplo Oteiza *et al.*, 2000, nota al pie 4, sobre la nota de febrero de 1999 presentada a la Comisión de Población y Recursos Humanos criticando la iniciativa del Poder Ejecutivo. El diputado Giustiniani tomó como base el texto unificado de 1999 para redactar, en 2001, el proyecto de la actual ley de migraciones que después de perder estado parlamentario fue reintroducido en 2003. Para una descripción en detalle de las iniciativas de 1999 y también un análisis del discurso anti-inmigración del Poder Ejecutivo de ese año, véase Oteiza *et al.*, 2000, p. 287. Véase también Courtis, 2006, en donde se comparan los proyectos legislativos entre 1994 y 2003; Novick, 2004, en donde se relatan sumariamente los antecedentes legislativos de la ley; véase los informes anuales del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) *MIGRANTES* de años anteriores.

⁵⁸ Entrevista con una actora de la Mesa, 1° de agosto de 2019, transcripción en mi archivo “Primero salió la ley, que está construida sobre el espíritu de la Convención [sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes] y luego recién, dos años después, el gobierno firma y ratifica la Convención”.

como CAREF que “la consideraban de “extranjeros”, o sea: “somos nosotros, pero es de extranjeros”, pero también “las organizaciones de migrantes [que] adquieren fuerza por dos lados: una [...], viene del lado de los peruanos y la otra línea de los migrantes [...] de un migrante que se llama Celestín Nengumbi [que] nos formateó a nosotros”.⁵⁹ En 2002, la Comisión de Población de Diputados convocó a una audiencia pública de la que participaron más de ciento cincuenta personas, entre ellas personas extranjeras.⁶⁰ En 2004 finalmente se sancionó la ley 25.871 que, más allá de los cuestionamientos que puedan efectuársele, es una regulación migratoria precedida, por primera vez en mucho tiempo, de un debate democrático y con participación de inmigrantes. La sensibilidad por las diferentes maneras de participación democrática no pretende subestimar la importancia cúlmine del sufragio en una democracia, simplemente quiere resaltar que la democracia comprende también otras formas de participación política más allá del acto comicial.

VI. Conclusión

Una teoría de la justificación del castigo como la de Duff, fundada en la membresía ciudadana, no alcanza a explicar el reproche penal a los no-ciudadanos. A diferencia de otras críticas que concluyen en la necesidad de abandonar una justificación relacional del castigo, este artículo sugirió que el déficit de generalidad que padece la teoría de Duff podría subsanarse si se reformula el tipo de relación política que da lugar al reproche punitivo legítimo de manera tal que pueda dar cuenta de los distintos vínculos que nos unen a quienes convivimos en un territorio político. La justificación “meta-penal” de Duff podría mantener una fundamentación anclada en una relación política previa (paso a), pero cuyo contenido preciso no se circunscriba a la membresía ciudadana (paso b) sino que comprenda también otros criterios que

⁵⁹ Entrevista con una actora de la Mesa, 1° de agosto de 2019, transcripción en mi archivo.

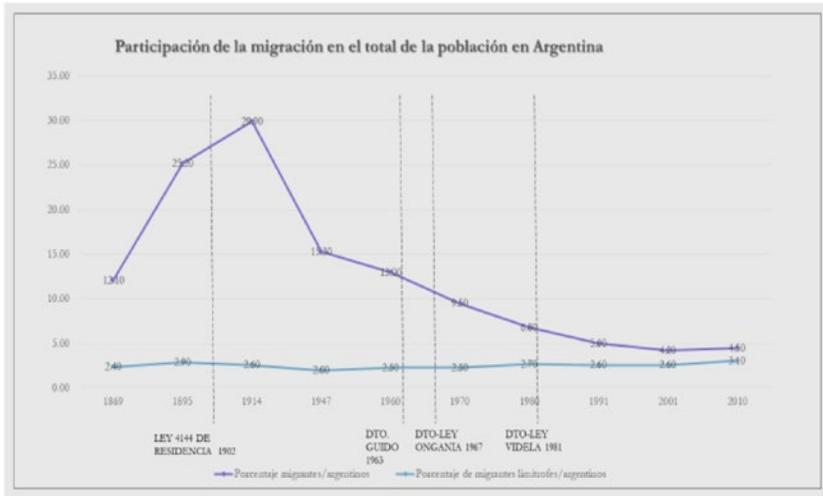
⁶⁰ Véase Giustiniani, 2004, en donde se transcriben algunas de las intervenciones.

reflejen los diferentes vínculos que unen a quienes cohabitamos un mismo territorio político.

Para que esa reformulación no se diluya en un conjunto de criterios distintos e inconexos, se propuso tener en cuenta (al menos) dos pautas que pueden explicar cuándo la membresía ciudadana resulta relevante y cuándo no para justificar el castigo. A partir de ambas pautas, la del nivel de dependencia y la del nivel de participación democrática, podría modificarse el esquema meta-penal de justificación del castigo en la teoría de Duff de manera que pueda dar cuenta de las diferentes formas en que cohabitamos un territorio político y en cuya virtud se nos pueden atribuir sus normas. Así, mayores grados de dependencia comunitaria podrían explicar la necesidad de satisfacer cierto nivel de participación en la autoría de la norma por la que se me llama a rendir cuentas. En cambio, menores grados de dependencia podrían explicar que criterios más lábiles de atribución de la norma –como renunciar a cuestionar la autoridad ajena o el interés en una cohabitación ordenada– alcancen para satisfacer los recaudos de un reproche penal legítimo.

En este artículo no pretendo ofrecer una teoría última y acabada de la autoridad del castigo; sólo argumento que esa teoría debe poder justificar a todos aquellos a quienes debe alcanzar y propongo pautas para comenzar a pensar una reformulación de una justificación relacional del castigo que pueda incluir tanto a las personas ciudadanas como a quienes no lo son. Habitar un territorio, en última instancia, también es habitar una relación política.

Anexo



Fuente: elaboración propia conforme datos de INDEC (http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/Censos.pdf).

Referencias bibliográficas

- Annamaneni, Keerthana. 2020. «Towards a Theory of Leniency for Immigrants». *Inquiries Journal* 12(4). <http://www.inquiriesjournal.com/a?id=1783>.
- Anscombe, Elizabeth. 1990. «On the Source of the Authority of the State», en Raz 1990, pp. 142-173.
- Asa, Pablo, y Pablo Ceriani. 2004. «Derechos de Migrantes, Solicitantes de Asilo y Refugiados», en *Derechos Humanos en Argentina Informe Anual*. Buenos Aires: CELS, pp. 477-505.

- Beade, Gustavo A., y Rocío Lorca. 2017. «¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social». *Isonomía* 47: 135-164.
- Beguerie, Delfina. 2019. «Comentario al artículo 14», en R. Gargarella y S. Guidi (eds.) *Constitución de la Nación Argentina Comentada*. Buenos Aires: La Ley, pp. 203-226.
- Beguerie, Delfina, y Sergio Giuliano. 2019. «Comentario al artículo 25», en R. Gargarella y S. Guidi (eds.) *Constitución de la Nación Argentina Comentada*. Buenos Aires: La Ley, pp. 899-904.
- Benhabib, Seyla. 2004. *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Benton, Meghan. 2010. «A Theory of Denizenship». PhD in Political Science at the Department for Political Science, University College London.
- Bohman, James. 2005. «From *Demos* to *Demoi*: Democracy across Borders». *Ratio Juris* 18(3): 293-314. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2005.00300.x>
- Bosniak, Linda. 2007. «Being Here: Ethical Territoriality and the Rights of Immigrants». *Theoretical Inquiries in Law* 8(2): 389-410.
- Cané, Miguel. 1899. *Expulsión de Extranjeros (apuntes)*. Buenos Aires: Sarrailh.
- Chehtman, Alejandro. 2010. «Citizenship v. Territory: Explaining the Scope of the Criminal Law Special Issue: Citizenship and Criminalization». *New Criminal Law Review* 13(2): 427-448. <https://doi.org/10.1525/nclr.2010.13.2.427>
- _____. 2013. *Fundamentación filosófica de la justicia penal extraterritorial*. Madrid: Marcial Pons.
- Cigüela Sola, Javier. 2015. «Derecho penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido». *Isonomía* 43: 129-150.
- Correa, Victoria. 2004. «La nueva ley de migraciones y la participación de las organizaciones de la sociedad civil», en R. Giustiniani (coord.) *Migración, un derecho humano: ley de migraciones n° 25.871*. Buenos Aires: Prometeo, pp. 173-177.
- Courtis, Corina. 2006. «Hacia la derogación de la Ley Videla: la labor parlamentaria en materia migratoria en la Argentina de los 90», en E. Jelin y A. Grimson (comps.) *Migraciones regionales hacia la Argentina. Desigualdad y derechos*. Buenos Aires: Prometeo, pp. 169-206.

- Courtis, Corina, y María Inés Pacceca. 2007. «Migración y derechos humanos: una aproximación crítica al “nuevo paradigma” para el tratamiento de la cuestión migratoria en la Argentina». *Revista Jurídica de Buenos Aires: Número Especial sobre Derechos Humanos*: 183-200.
- Dahl, Robert A. 1989. *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press.
- Duff, Antony. 2007. *Answering for Crime : Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Portland, Oregon: Hart Publishing.
- _____. 2010. «A Criminal Law for Citizens». *Theoretical Criminology* 14(3): 293-309.
- _____. 2011. *Responsibility, Citizenship, and Criminal Law*. New York, Oxford University Press.
- _____. 2013. «Relational Reasons and the Criminal Law», en L. Green y B. Leiter (eds.) *Oxford Studies in Legal Philosophy*, vol. 2. Oxford: Oxford University Press, pp. 175-208.
- _____. 2015. *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Trad. de Horacio Pons. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- _____. 2018. *The Realm of Criminal Law*. New York: Oxford University Press.
- Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Mass: Belknap Press.
- Dzur, Albert W. 2012. «Participatory Democracy and Criminal Justice». *Criminal Law and Philosophy* 6(2): 115-29.
- Feldman, Noah. 2006. «Cosmopolitan Law?». *Yale Law Journal* 116(5): 1022-1071.
- Ferrajoli, Luigi. 2013. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- Fiss, Owen M. 1999. «New Democracy Forum: The Immigrant as Pariah». *The Boston Review, New Democracy Forum*, October/November 1998. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=148488.
- Gargarella, Roberto. 2016. *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Grosman, Lucas. 2006. «Algunas reflexiones acerca de la teoría de la membresía». *Revista Discusiones*. 6: 59-88. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2006.2613>
- Hines, Barbara. 2010. «The Right to Migrate as a Human Right: The Current Argentine Immigration Law». *Cornell International Law Journal* 43(3): 471-511.

- Lorca, Rocio. 2018. «Punishing the Poor and the Limits of Legality». *Law, Culture and the Humanities*. July. <https://doi.org/10.1177/1743872118789985>
- _____. 2020. «Las fronteras del derecho a castigar. Consideraciones sobre la legitimidad del castigo a extranjero». en L. Mayer Lux y T. Vargas Pinto (coords.) *Mujeres en las Ciencias Penales*. Thomson Reuters, pp. 243-264.
- Lovett, Frank. 2010. *A General Theory of Domination and Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Martí, José Luis, Roberto Gargarella, y Félix Ovejero Lucas (coords.) 2003. *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*. España: Paidós Ibérica.
- Novick, Susana. 2004. «Una nueva Ley para un nuevo modelo de desarrollo en un contexto de crisis y consenso», en R. Giustiniani (coord.) *Migración, un derecho humano: ley de migraciones n° 25.871*. Buenos Aires: Prometeo.
- Oteiza, Enrique, Susana Novick, Juana Kweitel, Corina Courtis y Fernanda Longo. 2000. «Inmigrantes y refugiados», en *Derechos Humanos en Argentina. Informe Anual 2000*, CELS, pp. 286-342.
- Pettit, Philip. 2004. «Depoliticizing Democracy». *Ratio Juris* 17(1): 52-65. <https://doi.org/10.1111/j.0952-1917.2004.00254.x>
- Quinteros, Daniel, Roberto Dufraix, y Romina Ramos. 2021. «Criminalización de las migraciones», en C. Jiménez Zunino y V. Trpin (coords.) *Pensar las migraciones contemporáneas*. Teseopress, pp. 71-79.
- Raustiala, Kal. 2004. «The Geography of Justice». *Fordham Law Review* 73(6): 2501-2560.
- Raz, Joseph (ed.) 1990. *Authority*. New York: New York University Press.
- Rekers, Romina. 2020. *La democratización republicana del castigo: más allá del populismo y el elitismo penal*. Editorial de la UNC.
- Rosenkrantz, Carlos. 2006. «La autoridad del derecho y la injusticia económica y social». *Discusiones* 6: 17-57. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2006.2612>
- Rubio-Marín, Ruth. 2000. *Immigration as a Democratic Challenge: Citizenship and Inclusion in Germany and the United States*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Scarzanella, Eugenia. 2004. *Ni gringos ni Indios. Inmigración, criminalidad y racismo en Argentina. 1890-1940*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.

- Simmons, Alan John. 1979. «The Principle of Fair Play». *Philosophy & Public Affairs* 8(4): 307-337.
- _____. 1981. *Moral Principles and Political Obligations*. Princeton: Princeton University Press.
- Song, Sarah. 2016. «The Significance of Territorial Presence and the Rights of Immigrants». en S. Fine y L. Ypi (eds.) *Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership*. Oxford: Oxford University Press, pp. 226-248.
- Stumpf, Juliet P. 2006. «The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power». *American University Law Review* 56(2): 367-419.
- Waldron, Jeremy. 1993. «Special Ties and Natural Duties». *Philosophy & Public Affairs* 22(1): 3-30.
- Walzer, Michael. 1983. *Spheres of Justice: a Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books.
- Wringe, Bill. 2021. «Punishing Noncitizens». *Journal of Applied Philosophy* 38(3): 384-400. doi: 10.1111/japp.12453.
- Yaffe, Gideon. 2018. *The Age of Culpability: Children and the Nature of Criminal Responsibility*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- _____. 2020. «Punishing Non-Citizens». *Criminal Law and Philosophy* 14(3): 347-364. <https://doi.org/10.1111/japp.12453>
- Zedner, Lucia. 2013. «Is the Criminal Law Only for Citizens? A Problem at the Borders of Punishment». en K. Franko Aas y M. Bosworth (eds.) *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*. New York: Oxford University Press.

Republicanism and penal sanction of corruption

Marcelo Alejandro Giullitti Oliva

1. Hacia un abordaje republicano del fenómeno de la corrupción

El abordaje tradicional del fenómeno de la corrupción desde el derecho penal tiene al menos tres características. En primer lugar, una concepción limitada del fenómeno, el cual sería protagonizado por funcionarios públicos. En segundo lugar, una concepción limitada de las consecuencias: usualmente, se trata a los delitos de corrupción como una afectación abstracta a bienes estatales. En tercer lugar, y como consecuencia de los puntos anteriores, una mirada acotada de la participación de víctimas en los procesos de investigación así como de la posibilidad de reparación de daños.¹

¹ Esta concepción clásica no solo es observable en la clasificación de los delitos en el Código Penal argentino bajo el título de delitos contra la Administración Pública, así como en el art. 36 de la Constitución Nacional (introducido por la reforma de 1994), sino también en la obra de numerosos comentaristas del Código. En este sentido, es posible ver en Donna (2002, pp. 9-29) la descripción de la postura de numerosos autores argentinos respecto al bien jurídico protegido, y al sujeto activo de los delitos contra la Administración Pública. En

Sin embargo, este abordaje clásico del fenómeno fue un tanto migerado por la incidencia de organismos internacionales de derechos humanos, como por el trabajo de organizaciones sociales.² Al día de hoy existe un consenso generalizado alrededor de la noción de que la corrupción como fenómeno afecta profundamente la vida de las personas, así como la eficacia de las instituciones. A pesar de este viraje en el abordaje, resulta necesario establecer bases sólidas de fundamentación que posibiliten reformas en la forma en la cual los Estados persiguen y sancionan los delitos de corrupción.

La adopción de un enfoque republicano en el estudio de la corrupción tiene consecuencias que resultan relevantes para desarrollar. En primer lugar, desde una mirada republicana sobre el impacto de la corrupción, podríamos sostener que la corrupción no solo es una afectación al Estado o a derechos individuales de las personas, sino también a la posibilidad misma de participar en las decisiones públicas. En este sentido, el fenómeno de la corrupción afectaría fundamentalmente la esfera de la libertad entendida como no dominación³, subvirtiendo la forma en la cual se toman las decisiones. Esto en tanto la acción del o los agentes individuales o colectivos interfiere fundamentalmente en las decisiones de órganos públicos con consecuencias más o menos directas hacia terceros, también individuos o colectivos, por razones arbitrarias, que no son las reglas político-institucionales. Asimismo, la afectación suele profundizar los niveles de desigualdad preexistente, empeorando el nivel de vida y la capacidad de incidencia en las decisiones públicas de las personas a las que afecta.

idéntico sentido, Núñez (1999, p. 415) sostiene esta postura clásica.

² Ver en este sentido: International Council on Human Rights Policy, ICHRP, *Corruption and Human Rights: Making the Connection* (2009). *CORRUPTION AND HUMAN RIGHTS: MAKING THE CONNECTION*, ICHRP, Geneva, Switzerland, 2009, disponible en <https://ssrn.com/abstract=1551222>; y también Inter-American Commission on Human Rights, *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos*, Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OAS. Documentos oficiales, OEA/Ser.L/V/II), disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf> (sitio consultado el 16/01/2021).

³ *Cfr.* Pettit, 2012.

El enfoque republicano en el análisis del fenómeno de la corrupción tendrá asimismo consecuencias centrales en la forma en la cual las instituciones públicas lo tratan, tanto para prevenirlo como para atender a sus consecuencias en aquellos casos en los que falla.

En el presente trabajo analizaré las implicancias de un enfoque republicano en el proceso penal que busca la sanción de los responsables de los delitos a los que comúnmente se asigna el nombre de “corrupción”. En este punto, existe un vacío respecto del estudio de la fundamentación penal del reproche al cual intentamos como sociedad someter a quienes cometen actos de corrupción, o de cómo deben ser dichos procesos, ni tampoco de las formas mediante las cuales se intentan reparar los daños causados.

Este trabajo intenta abordar en forma exploratoria el tratamiento de los llamados “delitos de guante blanco”, solo tratados en forma parcial por la doctrina penal clásica liberal. La vacancia de un abordaje desde un enfoque republicano invita a intentar esbozar algunas conclusiones respecto de este tipo de fenómenos.

A lo largo del trabajo intentaré, en primer lugar, delimitar a qué nos referimos cuando hablamos de corrupción; en segundo lugar, cuáles son las características de la persecución penal de este tipo de delitos, y sus diferencias con el abordaje que realiza el derecho penal respecto de otras acciones consideradas disvaliosas; luego, problematizaremos la forma en la cual suelen ser abordados por la mirada tradicional del derecho penal y, finalmente, ensayaremos una justificación sobre el abordaje desde el derecho penal de este tipo de causas desde una mirada republicana.

2. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de corrupción?

La primera dificultad a la cual nos enfrentamos cuando tratamos el fenómeno de la corrupción es al intentar definir cuáles son sus alcances y características. En este punto, más que buscar una definición esencialista del término, es preciso analizar cómo el derecho penal y la dogmática académica, que intenta incidir en él, se refieren a dicho fenómeno.

En el derecho argentino no existe una definición de lo que es un acto de corrupción. La Constitución Nacional, en el art. 36, contiene una mención respecto a “quienes incurran en grave delito doloso contra el

Estado que conlleve enriquecimiento”, equiparándolos a aquellos que atentan contra el orden constitucional y democrático.

Tampoco los tratados internacionales de los que la Argentina es parte –la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción– definen este acto, sino que prevén una casuística que debe ser incorporada por los países signatarios en su derecho interno.⁴

En el ámbito académico tampoco hay acuerdo respecto al término, aunque se suele utilizar como clásica una definición brindada por Susan Rose-Ackerman (2001), quien caracteriza a la corrupción como el comportamiento deshonesto mediante el cual se viola la confianza puesta en un funcionario, al hacerse uso del cargo público para beneficio privado.⁵ Sin embargo, esta definición deja afuera del espectro

⁴ La Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en nuestro país por la ley N° 24.759, sostiene en su art. VI: “1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

- a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona no o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
- d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y
- e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”.

Sin embargo, el número 2 del mismo artículo demuestra que esta enumeración no es un *numerus clausus*, ya que prevé que se aplique a otros actos no previstos en ella.

⁵ Rose-Ackerman, 2001, p.1.

a quienes utilizan su influencia en forma indebida para “capturar” la decisión pública para su beneficio, sea obteniendo del Estado prestaciones o exenciones indebidas, o amañando los procesos de toma de decisión. En este sentido, la captura del Estado⁶ sería la contracara del fenómeno que Rose-Ackerman describe.

Desde los órganos encargados de investigar los delitos, se suele incluir dentro del concepto de “corrupción” al enriquecimiento ilícito, la omisión maliciosa en la presentación de declaraciones juradas, las negociaciones incompatibles, las exacciones ilegales, la malversación de caudales públicos, el cohecho, el soborno transnacional, el tráfico de influencia, la administración infiel, la asociación ilícita, el fraude en perjuicio de la administración pública y la figura del encubrimiento de estos delitos.⁷

Si bien la tipificación de los delitos enumerados no llegan a describir en forma completa el fenómeno de la corrupción, y resulta un reduccionismo equiparar la definición del fenómeno de la corrupción con la tipificación penal de las acciones que se consideran disvaliosas, a los fines del presente trabajo utilizaré el término “corrupción” como equivalente a los delitos enunciados. Esto, en tanto el trabajo se refiere exclusivamente a la actividad del sistema penal en la persecución de dichos delitos.

3. Hacia una caracterización de las causas penales que investigan corrupción

Es posible encontrar algunas características en común respecto a las causas penales que investigan actos de corrupción, al menos en el ámbito nacional:

⁶ OXFAM adopta la definición de captura del Estado de Cortes e Itriago (2018), conceptualizándola como el ejercicio de influencia abusiva por parte de élites económicas y políticas, para que las leyes y los gobiernos funcionen de acuerdo con sus intereses y prioridades, y en detrimento del interés general de la población.

⁷ Ver en este sentido la Res. 12/2016 de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, disponible en <https://www.cij.gov.ar/adj/docs/resolucion12-2016.pdf> (sitio consultado el 16/01/2021).

1) *los delitos suelen involucrar al poder político y económico*: las figuras delictivas que se enumeraron tienen como agente a un funcionario estatal, que en el ejercicio de su cargo, y abusando de sus facultades, comete un delito para beneficio propio o ajeno. Sin embargo, no solo involucran a integrantes del poder político, sino como lo demuestran numerosas causas a nivel nacional e internacional, también a actores relevantes del sistema económico, que son las contrapartes en muchos de los delitos mencionados;

2) *las maniobras delictivas suelen ser complejas de entender y probar*: la mayoría de las tipificaciones enumeradas en el punto anterior demuestran que los delitos tienen un nivel de dificultad en su comprensión y comprobación mayor que la mayoría de los delitos comunes, implicando usualmente la intervención de varias personas, y con un escaso rastro probatorio, sobre el cual la mayoría de las veces tienen control los propios agentes que cometen el delito;

3) *los delitos afectan bienes de interés público*: como fue sostenido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la corrupción “afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales–, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad”.⁸ Hay, por ende, una afectación a un interés eminentemente público, que perjudica la efectiva vigencia de los derechos de las personas;

4) *la cuantía del daño suele ser difícil de calcular*: actualmente, no existen cálculos en la Argentina respecto al costo económico –directo e indirecto– de la corrupción. Si bien de por sí el daño económico resulta difícil de calcular –en tanto depende de si se contabilizan solo las consecuencias directas⁹, o si se añaden los restantes daños indirectos– la dificultad central se encuentra en el cálculo del llamado “daño social” producido por la corrupción.¹⁰ A pesar de esta falta de información en el

⁸ Resolución CIDH N° 1/18.

⁹ Por ejemplo, el Foro Económico Mundial utiliza para su cálculo estimaciones del valor de los sobornos, así como encuestas de percepción ciudadana.

¹⁰ Ver en este sentido el trabajo “Los costos sociales de la corrupción”, OEA, 2019, p. 19 y 20. Disponible en <http://www.oas.org/es/sap/dsdme/maccih/>

ámbito local, es necesario resaltar que el Secretario General de la ONU, António Guterres estimó, apoyado en cálculos del Foro Económico Mundial, que la corrupción cuesta al menos 2,6 billones de dólares o el 5 % del producto interno bruto mundial¹¹;

5) *las víctimas de los delitos suelen ser difíciles de determinar*: si atendemos al estudio de los distintos tipos penales que hemos relacionado con el fenómeno de la corrupción, podemos constatar que la mayoría de ellos consideran que el bien jurídico protegido por la norma no es un bien de titularidad individual, sino que se hace referencia a la Administración Pública, u otros bienes jurídicos similares, cuya característica común es la imposibilidad de individualizarlos en un titular. Esta dificultad en la determinación de la titularidad del bien jurídico colectivo ha llevado a considerar a estos delitos como carentes de víctima. Sin embargo, la titularidad difusa de los bienes colectivos¹² no implica la inexistencia de víctimas, sino solamente una dificultad práctica en su determinación;

6) *las causas que investigan suelen tener una duración ampliamente mayor que las que investigan delitos comunes*: un relevamiento realiza-

[new/docs/Los-costos-sociales-de-la-corrupcion.pdf](#) (sitio consultado el 16/01/2021).

¹¹ Ver la nota realizada al Secretario General de la ONU, Antonio Guterres, disponible en <https://news.un.org/es/story/2018/09/1441292> (sitio consultado el 16/01/2021).

¹² En este Sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Halabi”, sostuvo que los bienes colectivos son aquellos que “pertenece[n] a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso este sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno”.

do por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ)¹³ muestra un patrón constante de demoras en el procesamiento de causas de corrupción, independientemente de los colores políticos de los gobiernos involucrados y de los jueces a cargo. De las 68 causas relevadas, en 30 de ellas la investigación duró entre 5 y 15 años.

En este sentido, los resultados de la Auditoría ordenada por el Consejo de la Magistratura de la Nación¹⁴ revelaron que de las más de 711 causas en trámite, 77 tuvieron una duración de entre 6 a 10 años, y 41 causas una duración de más de diez años. Si se tiene en cuenta que la Procuración General de la Nación calcula que la etapa de instrucción de un proceso penal ordinario se desarrolla en promedio en un año y cinco meses y que la duración total en promedio de las causas es de poco más de tres años, la demora en las causas en que se encuentran involucrados funcionarios públicos es, al menos, llamativa¹⁵;

7) *la cantidad de condenas por este tipo de causas es significativamente menor que en las causas que investigan delitos comunes*: las causas que investigan corrupción suelen tener una cantidad de condenas firmes mucho menor que el resto de los delitos comunes. Según datos de la auditoría mencionada sobre causas de corrupción, de las 1.212 causas de corrupción que estaban en trámite en 2017 en los 12 Juzgados Federales de Primera Instancia de los Tribunales de Comodoro Py –los que investigan a funcionarios nacionales–, solo fueron elevadas a juicio oral ese año, el 3 %. Un 68 % continuaban abiertas, en tanto otro 29 % había tenido otro tipo de resolución, ya sea una desestimación, un sobreseimiento o la prescripción. En tanto, de las 195 causas que estaban ya en la etapa de juicio oral, hubo 31 que concluyeron el proceso oral ese año, de las cuales apenas 11 tuvieron sentencias condenatorias contra funcionarios nacionales. Esas 11 condenas representan apenas el 1,3 % del total de 831 expedientes culmi-

¹³ La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) lanzó en 2016 el Observatorio de Causas de Corrupción, una plataforma con información de las principales investigaciones penales por delitos de corrupción de los últimos 20 años. Ver más en <http://causasdecorrupcion.org/> (sitio consultado el 16/01/2021).

¹⁴ Disponibles en <https://auditorias.pjn.gov.ar/corrupcion> (sitio consultado el 16/01/2021).

¹⁵ Marchisio, 2004, pp. 162-168.

nados en 2017 en las distintas instancias de la Justicia en lo Criminal y Correccional Federal, incluidos los Juzgados de Primera Instancia, la Cámara Federal, la Cámara de Casación y los Tribunales Orales.

4. ¿Por qué es relevante la investigación penal de la corrupción?

Los procesos penales que investigan actos de corrupción tienen una relevancia fundamental para el sistema institucional, debido a que se discute en ellos la responsabilidad de quienes ocupan la función pública y de integrantes de élites económicas, así como también la posibilidad de la reparación de los daños causados por los delitos.

En primer lugar, discutir la responsabilidad de quienes ocupan la función pública y quienes forman parte de las élites económicas tiene una íntima relación con el sistema democrático. Respecto a quienes ocupan la función pública, resulta relevante en tanto constituye una instancia de responsabilidad horizontal (O'Donnell, 1997, pp.18-19), y por ende, hace referencia a la viabilidad misma del sistema democrático.¹⁶ Asimismo, respecto a las élites económicas, la investigación penal de la corrupción resulta un valladar necesario para evitar los procesos de captura del Estado y, por ende, el quebrantamiento absoluto del principio de igualdad entendido como no sometimiento (Saba, 2007, pp. 167-170).

En segundo lugar, la corrupción afecta a la comunidad en su conjunto, puesto que no solo trae aparejado un efecto de desfinanciamiento del Estado –el que se traduce en la imposibilidad de utilizar fondos del erario público en las políticas públicas necesarias– sino que además redundando en un mal funcionamiento de las instituciones democráticas y, en muchos casos, acarrea violaciones graves a los derechos humanos. En este sentido, la corrupción causa un doble daño: por un lado, sobre

¹⁶ O'Donnell utiliza el concepto de poliarquía –que aquí es referido como democracia o sistema democrático– como un sistema de gobierno que reúne componentes ideológicos de las tradiciones liberal, republicana y democrática, a lo cual se suma el elemento Estado (O'Donnell, 1997, p. 11). La corrupción, según dicho autor, si bien no elimina necesariamente la poliarquía, sí la deteriora (O'Donnell, 1997, p. 19).

bienes y personas, y por otro, un daño en la confianza de la ciudadanía hacia la eficacia del sistema democrático. Por esta razón, la posibilidad de recuperar bienes que fueron afectados, o de resarcir a las personas que vieron vulnerados sus derechos resulta una de las razones centrales para investigar estos delitos. Más aún, cuando en dichos casos que investigan corrupción y criminalidad económica, el fenómeno de impunidad resulta la regla.¹⁷

Finalmente, la investigación penal de la corrupción también adquiere relevancia para pensar el lugar de la ciudadanía en el derecho penal. Como se dijo al principio, un fenómeno llamativo en estos procesos es que usualmente los bienes jurídicos protegidos por las normas penales –por ej., la *administración pública*– invisibiliza el hecho de que este tipo de delitos afecta profundamente la satisfacción de derechos, y deja afuera de la ecuación la posibilidad de que sean los propios ciudadanos quienes intenten establecer el reproche de las conductas. La propia redacción de las normas es la primera dificultad que deja fuera del debate a los afectados. La segunda dificultad está en las instituciones que llevan adelante este tipo de procesos penales.

En el mejor de los casos, la representación de la acción estará en manos de un fiscal, quienes no son usualmente adeptos a intentar abrir los debates públicos, sino todo lo contrario. Tampoco los fiscales tienen los mismos incentivos institucionales para proseguir este tipo de acciones. La complejidad de este tipo de causas, y los múltiples desincentivos para avanzar sobre el poder político o económico funcionan como potenciales limitantes.

Sin embargo, en el peor de los casos, la investigación queda en manos de un juez, que al mismo tiempo debe ser el que controla que las garantías de las personas acusadas sean respetadas, por lo cual funge de parte y árbitro.

Esta exclusión de quienes son potenciales afectados de cualquier tipo de debate, parte de una concepción del derecho penal que mira con desconfianza a la democracia, y que nos ocuparemos de desarrollar –en forma somera– en el parágrafo siguiente.

¹⁷ Ver Giullitti y Lavin (2017, pp. 219-222).

5. La desconfianza en la participación ciudadana dentro de los procesos penales

La disciplina del derecho penal, y en general, la filosofía liberal en la cual esta se basa, tiene un rechazo histórico hacia la inclusión de la discusión democrática dentro del derecho penal. Esto puede ser observado en el sistema normativo, en el desarrollo de las prácticas políticas, y hasta en la justificación teórica de los autores enrolados en las escuelas tradicionales del derecho penal.

La Constitución Argentina establece dentro de los temas vedados a la iniciativa popular –regulada en el art. 40– a aquellos “referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y *materia penal*”. También se suele criticar la posibilidad misma de someter a mecanismos de consulta popular o de participación ciudadana temas relacionados con la materia penal.¹⁸ Asimismo, las discusiones sobre leyes penales especiales o modificaciones al Código Penal también suelen ser abstraídas de la discusión pública, y dejada en manos de comités de expertos.¹⁹

¹⁸ Ver, por ejemplo, la nota “Los Derechos Humanos no se plebiscitan”, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/102464-los-derechos-humanos-no-se-plebiscitan> (sitio consultado el 16/01/2021).

¹⁹ Los dos últimos proyectos de reforma del Código Penal fueron encomendados a comités de expertos. En el año 2013, la entonces presidenta Cristina Fernández de Kirchner encargó la redacción de un nuevo Código a una Comisión conformada por Raúl Zaffaroni, Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo, María Elena Barbagelata y León Arslanian.

En el año 2017, el presidente Mauricio Macri conformó otra Comisión para la redacción de un Código Penal, conformada por La Comisión estuvo compuesta por el juez federal de Casación, Mariano Borinsky (presidente); el juez del Tribunal Oral en lo Criminal N°6, Guillermo Yacobucci (vicepresidente); el director Nacional de Política Criminal, Carlos González Guerra (secretario); el fiscal de la Procuración General de la Nación, Pablo Turano (secretario adjunto); el juez de la Cámara Federal de Casación Penal, Carlos Mahiques; el procurador general de Salta, Pablo López Viñals; la jueza de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal N°26 de CABA, Patricia Llerena; el juez de Cámara Criminal y Correccional de Córdoba, Víctor Vélez; la secretaria letrada de la Corte Suprema de la Nación, Patricia Ziffer; el subsecretario de Articulación con los Poderes Judiciales y los Ministerios Públicos del Ministerio de Seguridad de la Nación, Guillermo Soares Gache; la asesora

Esta desconfianza también se observa en la forma en la cual se llevan adelante los juicios penales. Si bien la Constitución Nacional establece el juicio por jurados²⁰, su implementación a nivel nacional es ínfima²¹, y en el nivel federal inexistente. Otras reglas penales demuestran este mismo prejuicio a la participación popular: el art. 204 del Código Procesal Penal vigente²² establece que el sumario es siempre secreto para terceros ajenos al proceso, lo cual implica la imposibilidad de que la ciudadanía pueda participar.

Esta mirada pesimista de la democracia en el derecho penal se encuentra presente, también, entre los más relevantes autores de la academia jurídica. Por ejemplo, en Ferrajoli, esta desconfianza *a priori* de cualquier sistema mayoritario lo lleva a sostener la necesidad de una “esfera de lo indecible” sobre la cual no se pueden tomar decisiones. Usando la concepción de Dworkin de los derechos como cartas de triunfo, sostiene que es necesario abstraer de las decisiones mayoritarias las decisiones sobre estos temas. El ataque a la democracia viene de la pauperización del concepto democrático, llevándolo al mero plano de lo que podríamos denominar como *majoritarianismo*. Así, dice que “[s]e descubrió entonces que el poder de la mayoría, que incluso había permitido la llegada de las dictaduras, no garantiza la calidad sustancial del sistema político y ni siquiera la supervivencia del mismo poder de mayoría” (Ferrajoli, 2005).

Lo paradójico de Ferrajoli es que para defender la democracia se hace necesario quitar de la democracia ciertas decisiones, ya que de lo contrario necesariamente devendrá en un sistema degenerado. Así, en el mismo trabajo sostiene: “En tiempos como los que vivimos, es precisamente esta concepción garantista de la democracia la que debe ser afirmada y defendida contra las degeneraciones mayoritarias y tendencialmente plebiscitarias de la democracia representativa y sus

general tutelar del Ministerio Público Tutelar de CABA, Yael Bendel y el profesor de la Universidad de Buenos Aires, Fernando Córdoba.

²⁰ Arts. 24 y 75 inc. 12, CN.

²¹ Solo cinco de las 24 provincias tienen juicios por jurados: Buenos Aires, Córdoba, Neuquén, Chaco y Río Negro.

²² Este artículo no sufrió demasiadas modificaciones en el Nuevo Código Procesal Penal –aprobado por ley N° 27.063–, el cual establece la misma regla en el art. 200.

perversiones videocráticas; o, dicho en una palabra, contra la *kakistocracia* de la que habla Michelangelo Bovero” (Ferrajoli, 2005, pp. 235-236).

Este concepto de *kakistocracia* al cual hace referencia Ferrajoli es el gobierno de los peores. Asimismo, la mirada de Ferrajoli sobre la democracia no solo es pesimista *a priori*, sino también en forma inevitable. Así, se pregunta “si, en otras palabras, el constante empeoramiento del ‘gobierno de los peores’ al cual estamos asistiendo en tantos de nuestros países no es un efecto perverso propio del deterioro en el sentido común –aun antes que en mutaciones institucionales concretas– del valor de la constitución y de las garantías impuestas por ella a los poderes democráticos de la mayoría” (Ferrajoli, 2005, p. 238).

El resultado de la desconfianza en la participación democrática tiene, respecto al derecho penal, serias consecuencias, de las cuales señalaré al menos dos. En primer lugar, como se señaló al principio, la discusión sobre las normas penales quedan alejadas de aquellos a quienes más afecta: las personas que pueden ser sometidas a dichos procesos, y particularmente aquellas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad social.²³ Y, en segundo lugar, existen numerosas trabas para que las víctimas de los delitos de corrupción puedan participar dentro de los procesos penales en los que se discute sobre la comisión de delitos que afectan a la comunidad en su totalidad, o al menos, en gran parte, y sean tenidas en cuenta asimismo en la reparación de estos delitos. En este sentido, no existen mecanismos procesales para la participación colectiva de víctimas en este tipo de causas penales, a diferencia de otras causas como los delitos de lesa humanidad, o aquellos cometidos contra pueblos originarios.

Es en estos puntos en los que considero que las teorías del republicanismo tienen un fuerte contacto con una mirada robusta de la democracia, que puede ayudarnos a encontrar buenos fundamentos para la participación de la ciudadanía en este tipo de procesos.

²³ Ver en este sentido el informe del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) respecto a la composición de la población carcelaria según variables como nivel educativo, situación laboral y capacitación laboral. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/docs-f/estadisticas-sneep/2018/InformeSNEEPARGENTINA2018.pdf> (sitio consultado el 16/01/2021).

En este trabajo, nos referiremos exclusivamente a la segunda consecuencia señalada arriba, es decir, a la posibilidad de participación ciudadana en los procesos penales.

Particularmente resulta relevante referirnos a este fenómeno respecto de las causas de corrupción, en tanto, como se describió más arriba, la regla es la impunidad de estos actos. Las causas que investigan este tipo de delitos son la perfecta contracara de los delitos que el sistema procesa en mayor cantidad, y en los cuales usualmente se juzga a personas provenientes de los sectores más desaventajados.²⁴ Asimismo, y a diferencia de la mayoría de los delitos comunes, el daño se produce sobre bienes jurídicos colectivos, lo cual también invisibiliza que este tipo de delitos afecta profundamente a las personas más desaventajadas, en tanto afecta la provisión de servicios o los mecanismos de distribución de bienes, como la realización de obras públicas para la satisfacción de derechos (hospitales, rutas, cloacas, tendidos de gas).

La exclusión del debate y la desconfianza sobre la participación democrática que el derecho penal tradicional conlleva tiene una especial afectación respecto a este tipo de delitos. Las personas son usualmente excluidas de las discusiones públicas sobre las normas que las rigen, pero en este caso resultan doblemente excluidas, al ser dejadas de lado en la definición de los bienes jurídicos que las leyes penales supuestamente protegen, y por ende, en la posibilidad de participar de estos procesos colectivos de tomas de decisiones.

6. Aportes del republicanismo penal: ¿qué lugar debe ocupar el pueblo en los procesos penales que investigan corrupción?

El republicanismo parte de la noción de que la libertad debe ser entendida como ausencia de dominación, esto es, la ausencia de interferencia dentro una sociedad y en el marco de la ley. Como sostienen Pettit y Braithwaite, la interpretación republicana de la libertad “es la condición de ciudadanía o igualdad ante la ley”.²⁵

²⁴ Ídem.

²⁵ Pettit y Braithwaite, 1992, p. 58.

Uno de los primeros valores que aparecen como trascendentales para el republicanismo es la *autodeterminación*. En este sentido, Gargarella (2016) sostiene: “una teoría republicana preocupada por la autodeterminación y la integración social quiere que las normas que rijan en la comunidad sean escogidas por esa misma comunidad”.²⁶ Sin embargo, para que tenga valor debe ser el resultado de “un acuerdo comunitario profundo”.²⁷

Sostener entonces una teoría republicana tiene múltiples implicancias en la teoría penal. En lugar de la desconfianza hacia la participación ciudadana propia de concepciones elitistas, el republicanismo penal propone “tender puentes entre la ciudadanía y la creación, aplicación e interpretación del derecho penal, porque descansa en las capacidades de la ciudadanía y en su voluntad para hacerse cargo de sus propios asuntos”.²⁸ Este es el valor que encontramos dentro de la postura republicana, la cual tiene un contacto íntimo con una teoría democrática deliberativa. Esta posición también se distingue del populismo penal, en el que se apela a la población pero no se establece un diálogo profundo.

Siguiendo este razonamiento, la justificación de las decisiones públicas, entre las cuales se encuentran las sentencias judiciales, se fortalece en la medida en que estas resulten de un proceso que sea 1) inclusivo: en el que todos los potencialmente afectados pueden participar, 2) dialógico: en tanto aquellos participantes discuten entre sí el mejor modo de dar forma a dichas decisiones y 3) igualitario: en el cual los participantes discuten en condiciones de relativa igualdad.²⁹

La inclusión de la ciudadanía en la discusión en el marco de las causas penales que investigan corrupción también produce como efecto promover un espacio para el reproche comunitario respecto de las conductas que resultan disvaliosas. Como sostiene Gargarella, “[e]n lugar de concebir el proceso de decisión judicial como aquel que se dirige contra un delincuente que ha sido señalado por la falta que cometió, aquí se entiende como una empresa colectiva relativa a un

²⁶ Gargarella, 2016, p. 35.

²⁷ Ídem.

²⁸ Gargarella, 2016, p. 48.

²⁹ Gargarella, 2011, p. 41.

problema que, de manera más o menos directa, involucra a toda la comunidad [...] El propósito es, más bien, crear las condiciones que hagan posible el diálogo colectivo, y reparar un crimen que se cometió contra toda la comunidad, a fin de reestablecer la situación anterior, la recuperación de los lazos sociales dañados y la reintegración del delincuente a la sociedad”.³⁰

Este punto aparece especialmente relevante, en tanto efectivamente en estos delitos la ofensa hacia la sociedad suele ser más bien general y no individualizada. También suele suceder que las personas no ven como sus pares a quienes ocupan la función pública, y estos delitos no solo dañan el tejido social o la provisión de derechos en general, sino que también generan desconfianza hacia el propio funcionamiento de las instituciones.

Una de las condiciones de legitimidad de la ley penal, en su creación y aplicación, es según Pettit, el control popular sobre las instituciones. Como consecuencia de esta exigencia republicana de la autodeterminación, aparece la necesidad del control social sobre el ejercicio del poder. Como sostiene Pettit (2012), “el control popular del gobierno no garantizará a alguien contra la dominación pública, si tienen poca o ninguna participación en el ejercicio de ese control: la interferencia del gobierno continuará en ese caso imponiéndoles una voluntad ajena. Por lo tanto, el primer requisito sobre el control popular es que se debe individualizar adecuadamente, dando a cada uno una participación igual en el control del gobierno”³¹.

Y también que “[n]o solo debe ser una forma individualizada de control, sino que también debe considerarse de carácter incondicionado y eficaz. Debe estar incondicionado en el sentido de ser robusto sobre los cambios en la voluntad del gobierno controlado, o de hecho de cualquier otra parte que no sea la gente que controla, y debe ser eficaz en el sentido de ser intuitivamente suficiente para proteger a esas personas de tener que ver la coerción del estado como el trabajo de una voluntad ajena”³².

³⁰ Gargarella, 2016, p. 211.

³¹ Pettit, 2012, p. 167. La traducción me pertenece.

³² Ídem. La traducción me pertenece.

Esta noción de control en Pettit resulta interesante respecto al tema de la sanción penal de la corrupción. Por esta razón, resulta necesario tener mecanismos no solo para la discusión social de lo que consideramos delitos, sino también en el debate de su aplicación y de la reparación de los daños producidos.

En el caso de las causas que investigan corrupción, existe una doble razón que justifica el control. A diferencia de la investigación penal de otros delitos, en este tipo de causas existen desincentivos sobre los sistemas institucionales encargados de la investigación penal que pueden dar lugar a que prevalezca la voluntad o el interés de determinadas partes en forma indebida. El problema central es que es el propio poder político o económico el que suele generar los desincentivos para que las discusiones en el marco judicial puedan llegar a un resultado.

Asimismo, la necesidad de controlar estos procesos penales se funda en que en estos se discuten temas de interés público. No solo está en juego la responsabilidad penal de una persona –sea que ocupe o no la función pública–, sino el alcance y la extensión de los daños a los bienes públicos y a las reglas sociales de distribución de bienes y derechos.

Finalmente, resulta atractivo analizar la necesidad de la participación ciudadana en la investigación y sanción penal de la corrupción desde la lógica comunicativa desarrollada por Duff.

Sostiene el autor escocés: “[s]i existen individuos o grupos dentro de la sociedad que (en los hechos, aún si de un modo no buscado) se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales, normativamente excluidos en cuanto a que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no reflejase un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores, y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos, luego la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte en una idea vacía. Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo que hace al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad, socava la idea de que ellos se encuentran atados por el derecho. Ellos solo pueden sentirse atados como ciuda-

danos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respeto y consideración que se les debe como ciudadanos”.³³

En este sentido, resulta interesante ensayar una derivación de su razonamiento: en primer lugar, para ser legítimo, el derecho penal debe ser hecho por los propios ciudadanos, expresando los valores por los cuales se definen a sí mismos como comunidad política; en segundo lugar, la exclusión de la vida política y de los medios materiales conlleva la imposibilidad de reprochar moralmente a estas personas. Estos dos elementos pueden tener como consecuencia, entonces, que en aquellos casos en los que están en juego las propias reglas institucionales que funcionan como marco de esos acuerdos resulta necesaria la participación de la comunidad política. Una segunda consecuencia sería que si en una sociedad desigual no podemos justificar el castigo de quienes son excluidos del debate de las normas que obligan a la comunidad, difícilmente podamos justificar el tratamiento diferenciado que surge en las causas que investigan a funcionarios públicos.

Estos párrafos intentaron ensayar las razones que justifican la participación ciudadana tanto en la etapa de investigación penal, como en la reparación de los daños. A continuación se explorarán algunas consecuencias prácticas de estos razonamientos.

7. Consecuencias del enfoque republicano en la etapa de investigación penal de la corrupción

Las reflexiones realizadas en los párrafos anteriores dejan como primera consecuencia, aunque insuficiente, la necesidad de establecer mecanismos de participación ciudadana en estos procesos de tomas de decisiones. Sin embargo, es necesario precisar aún más las propuestas.

En primer lugar, es necesario que este tipo de procesos empiece – como sostiene Duff – a hablar en el lenguaje de las personas. Las causas que investigan corrupción suelen mostrar – cuando es posible acceder a las sentencias que fundamentan algún tipo de cuestión – un grado de tecnicismo que resulta excluyente no solo de la ciudadanía, sino hasta de los sectores académicos. Las causas que investigan corrupción,

³³ Duff, 2001, pp. 195-196.

como se dijo, tienen un factor eminentemente público, en tanto tratan sobre bienes y servicios que son propiedad de todas y todos. Resulta necesario que el Poder Judicial empiece a comunicar a las personas que resultan afectadas respecto a las decisiones que se toman.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, resulta necesario contar con más y mejor información respecto a este tipo de causas. Es necesario dejar atrás el principio del secretismo, ya que se encuentran presentes todos los elementos necesarios para asegurar la regla de la publicidad. En este sentido, es fundamental ampliar las prácticas actuales de órganos estatales como el Observatorio de Corrupción, que lleva adelante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, o el sitio de Consejo Abierto, que contiene información sobre la auditoría en estas causas. Asimismo, resulta un modelo a seguir los esfuerzos desarrollados por organizaciones de la sociedad civil –como la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ)– que desarrollaron observatorios con información sobre estas causas, intentando eliminar las barreras técnicas y haciendo que la información sea presentada en forma amigable.

En tercer lugar, resultaría útil establecer mecanismos de participación de las víctimas en este tipo de procesos. Sobre este tema, las leyes procesales reconoce solamente la legitimación de presentarse como víctima a aquellos que sean particularmente ofendidos por los hechos, dejando fuera delitos como los que tratamos aquí, en tanto la determinación de la afectación no solo no es muchas veces directa, sino que también suele ser colectiva.

En este punto, una primera medida podría ser la creación de mecanismos de participación en el marco del Ministerio Público Fiscal. La ley orgánica del Ministerio Público Fiscal contiene una muy limitada previsión al respecto. El art. 36 prevé solamente: “[e]l Ministerio Público Fiscal de la Nación, en su función de promover los intereses generales ante la administración de justicia, procurará conocer los reclamos y necesidades de los distintos sectores sociales, mantendrá informada a la comunidad y promoverá el acceso a la justicia, en particular de las personas con menores recursos para hacerlo”.³⁴ Por esta razón, es necesario crear mecanismos mediante los cuales las fiscalías

³⁴ Ley N° 27.148, art. 36.

a cargo de la investigación penal de los delitos de corrupción realicen esfuerzos tendientes a determinar los colectivos afectados y tengan un contacto estrecho con las víctimas del delito o con organizaciones que tengan como fin la protección de los bienes afectados, estableciendo mesas de participación, y creando el deber de rendición de cuentas por parte de estos órganos ante los sectores sociales afectados.

Asimismo, debido a que las fiscalías pueden llegar a tener desincentivos derivados de la carga del trabajo u otros derivados de instrucciones de la cabeza del Ministerio Público Fiscal, el reconocimiento de la querrela colectiva puede aportar varios beneficios prácticos a la investigación penal de la corrupción. En primer lugar, reconocer la querrela colectiva en estos casos implica la existencia de un actor con más interés en la reparación de los daños. En estos casos, el querellante funciona como un agente dinamizador que contrapesa la burocracia y enfoca los procedimientos en los temas más relevantes. Su participación va en directa relación con la búsqueda de la verdad material y la reparación del daño. En segundo lugar, la introducción de un actor externo al sistema judicial que tiene a su cargo la investigación penal de la corrupción implica aumentar la transparencia de dichos procesos, ya que no solo existe el efecto de observador, sino que también existe una mayor circulación de información respecto al desarrollo de la causa penal.

Esto no implica –bajo ningún aspecto– establecer un modelo donde las *víctimas* tengan la voz dominante, sino mejorar las posibilidades del debate público introduciendo a potenciales afectados.

8. Consecuencias de un enfoque republicano en la reparación de los daños producidos por la corrupción³⁵

Uno de los puntos centrales en los que una noción republicana puede incidir en la sanción penal de la corrupción es aquella que se refiere al destino de los bienes y ganancias producto del delito.

³⁵ Algunas de estas conclusiones fueron ensayadas en: Giullitti Oliva, Marcelo y otros, *Recomendaciones para la administración y destino de bienes recuperados de actividades delictivas en Argentina*, Buenos Aires, ACIJ, 2020.

La adopción de este enfoque implica la idea de que –en palabras de Braithwaite– “puesto que el delito genera daños, la justicia debería, especialmente, sanar las relaciones humanas. Es un proceso en el cual todas las partes interesadas tienen una oportunidad para discutir el daño causado por un crimen, cómo podrían ser reparados, cómo podría prevenirse la reincidencia, y cómo se pueden satisfacer otras necesidades de las partes interesadas”³⁶

La noción de justicia restaurativa debe ser el marco que guíe la regulación sobre el destino final de los bienes que sean producto del delito. Para ello, es necesario un cambio de paradigma en la concepción de estos bienes, entendiendo que el propósito de su incautación no es que sean integrados al patrimonio del Estado, sino que tienen un rol preponderante en la reparación del daño causado por el delito. Esto implica que se deben tener en cuenta de forma prioritaria el momento de decidir su destino, los intereses de las víctimas, para lo cual es necesario establecer mecanismos participativos en los cuales la propia ciudadanía pueda discutir la forma en la que se asignan estos bienes. Por esta razón, las medidas de disposición final de estos bienes deben ser reguladas de manera tal que posibilite que sean efectivamente destinados de forma permanente a las víctimas del delito.

En este punto, es fácil advertir que la posibilidad de asignar los bienes incautados a la reparación del daño resulta más sencillo en aquellos casos que el delito tiene una víctima identificable. Sin embargo, los casos de corrupción suelen presentar una complejidad mayor, en tanto la individualización resulta mucho más compleja, producto de que no existe un daño evidente a una persona o grupo específico, o estas no pertenecen al país.³⁷ En este tipo de delitos, muchas veces la

³⁶ Braithwaite, 2007, p. 689. La traducción me pertenece.

³⁷ Por ejemplo, en el caso de Nigeria, en el que se recuperaron de Suiza más de 320 millones de dólares de la corrupción del gobierno militar de Sani Abacha. En este caso, el gobierno nigeriano decidió, junto a actores de la sociedad civil, un plan de distribución del dinero a más de 300.000 hogares pobres de 19 de los 36 estados nigerianos, en el cual cada uno recibiría alrededor de U\$S 14 por mes durante un lapso de 6 años. Ver en este sentido la nota “Nigeria: \$322 Million Abacha Loot - Nigerian Govt Begins Cash Transfer to Poor Homes in July”, disponible en <https://allafrica.com/stories/201806290010.html> (sitio consultado el 16/01/2021).

afectación o el daño recaen sobre la sociedad en su conjunto. Cuando esto sucede, el proceso para determinar el mejor destino posible para reparar el daño del delito se enfrenta a evidentes desafíos, en los que la legitimidad de la decisión ya no puede recaer en la mera identificación de la víctima.

Para resolver este dilema es necesario que el proceso de asignación de los bienes surgidos del delito no quede sujeto a la discrecionalidad de las autoridades si no que dé lugar a un debate social participativo, del que surja una adecuada priorización para el uso de esos bienes, legitimada por una deliberación democrática e inclusiva.

En este sentido, consideramos recomendable establecer reglas de destino de bienes y del producto de los mismos estableciendo un sistema de prioridades. Una primera aproximación sería la de establecer una cuota parte fija del total del producto del decomiso de bienes a las víctimas. También resultaría conveniente establecer una regla en la cual el destino de los bienes solo pase al Estado si no es posible la determinación de víctimas.³⁸ Finalmente, es necesario que las decisiones respecto a la asignación de bienes o dinero decomisado se tomen en forma transparente, bajo supervisión de los mecanismos de control establecidos y con la participación de la ciudadanía. Para ello, el organismo de administración debería publicar esta base de bienes decomisados y la información relevante respecto al destino de los mismos en formatos abiertos y reutilizables.

Finalmente, y teniendo en cuenta el carácter público de los bienes sobre los cuales se discute, sería beneficioso establecer mecanismos de participación ciudadana en la etapa de asignación, a fin de que la ciudadanía pueda proponer destinos posibles de los fondos o bienes de-

También resulta relevante el caso de Francia, en el que se encuentra en discusión un proyecto de ley sobre recupero de activos, en el cual se establece que el producto de los bienes debe ir destinado a un fondo especial que tenga por finalidad mejorar el nivel de vida de las víctimas, sean del país o de un Estado extranjero. Ver en este sentido el proyecto de ley N° 109 del Senado de Francia, disponible en <http://www.senat.fr/leg/pp18-109.html> (sitio consultado el 16/01/2021).

³⁸ En este sentido, resulta interesante el caso francés que solo prevé que el dinero pase al Estado cuando sea imposible la determinación de víctimas de la actividad ilícita.

comisados. Este último punto se sustenta en que los bienes resultantes de la corrupción fueron desviados de los mecanismos de asignación de bienes estatales, que son el resultado de la discusión pública. Por ende, al ser recuperados, es necesario discutir en forma amplia la asignación de dichos bienes a la reparación del daño causado, así como a la forma en la cual dicha reparación es mejor según los propios afectados.

Bibliografía

- Braithwaite, John y Pettit, Philip, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- Braithwaite, John, “Encourage Restorative Justice”, en *Criminology & Public Policy*, Vol. 6, Issue 4, 2007.
- Donna, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- Duff, Antony, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Gargarella, Roberto, “El derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social”, *Derechos y Libertades*, N° 25, Época II, junio 2011, pp. 37-54.
- Gargarella, Roberto, *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016.
- Giullitti Oliva, Marcelo y otros, *Recomendaciones para la administración y destino de bienes recuperados de actividades delictivas en Argentina*, Buenos Aires, ACIJ, 2020.
- Giullitti Oliva, Marcelo y Lavin, Renzo, “Las causas de la impunidad. Las deficiencias del sistema de investigación y sanción penal de la corrupción en Argentina” en Katz, Alejandro y otros, *Corrupción y transparencia: informe 2016-2017*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2017.

- Ferrajoli, Luigi, "Sobre la definición de "democracia". Una discusión con Michelangelo Bovero", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Núm. 19, octubre 2003, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.
- Marchisio, Adrián, *La duración del proceso penal en la República Argentina*, Ciudad de Buenos Aires, Konrad - Adenauer - Stiftung, 2004.
- Núñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*, 2a. Ed. act., Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999.
- O'Donnell, Guillermo, "Rendición de cuentas horizontal y nuevas poliarquías", en *Revista Nueva Sociedad*, Nro. 152, pp. 143-167, noviembre-diciembre 1997.
- Pettit, Philip, *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy* (The Seeley Lectures), Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Pettit, Philippe, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.
- Rose-Ackerman, Susan, "Trust, Honesty, and Corruption: Reflection on the State-Building Process", *European Journal of Sociology*, Vol. 42, pp. 27-71, 2001.
- Saba, Roberto: "(Des)igualdad estructural", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

Capítulo V

Las potencialidades de la legítima defensa. ¿Qué tiene para aportar el derecho penal a la reivindicación de los derechos de las mujeres?

Mariana Kohan

Should she try to leave, Stafford threatened, he would not be a “three time loser”: he would kill her family members one by one until she returned.¹

Introducción

En este trabajo abordaré el problema de las mujeres víctimas de violencia doméstica², que son llevadas a la justicia por matar a su agresor.

¹ “Si intentaba dejarlo, Stafford la amenazó, él no sería tres veces el perdedor: mataría a los miembros de su familia uno por uno hasta que ella regresara”. Elizabeth A. Sheehy, *Defending Battered Women on Trial. Lessons from the Transcripts*. Vancouver, UBC Press, 2014.

² El Artículo 6, inc. a) de la Ley de Protección Integral a las Mujeres establece que la violencia doméstica contra las mujeres es una de las modalidades en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, y la define como “aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde

También, explicaré por qué considero que la aplicación de la legítima defensa es la mejor opción con la que contamos hoy en día para resolver estos casos.

Para eso, parto de la base que vivimos en una comunidad política democrática y dinámica, construida sobre la base de ciertos valores comunes, y donde los derechos de todos/as sus miembros³ deben ser respetados y garantizados, tanto por los otros miembros como por el Estado. Esto no significa que la totalidad de ellos/as compartan todos los valores de la base comunitaria. De hecho, seguramente habrá desacuerdos. Sin embargo, podemos entender que, al menos, comparten el interés en formar parte de esa comunidad y que, mínimamente, han adherido a la forma en la que esos valores van a elegirse, propagarse y garantizarse (por ejemplo, que acuerdan en vivir en un estado de derecho). En el caso de las comunidades políticas democráticas, si en el proceso de selección moral pierden los valores elegidos por ciertos/as miembros frente a los elegidos por otros/as, eso sería simplemente parte de las posibilidades que todos/as han aceptado al elegir formar parte de una democracia. Pero para asegurar que esa selección sea legítima, debe existir la posibilidad cierta para todos/as sus miembros de participar del debate en igualdad de condiciones.

En ese contexto, explicaré por qué considero que el Estado –desde todos sus ámbitos– tiene la obligación y la responsabilidad de acompañar la reivindicación de los derechos de las mujeres y la lucha contra la violencia doméstica. Por un lado, porque debe garantizar sin discriminación los derechos de todas las personas que integran nuestra comunidad política; pero también porque, respecto de la violencia contra mujeres en particular, el Estado y la comunidad que representa, han normalizado durante mucho tiempo, a través de sus mecanismos re-

esta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la Convivencia”.

³ Si bien este trabajo no utiliza el lenguaje inclusivo, al que la autora adhiere, se tiene presente la perspectiva de género, no siendo la intención de quien lo escribe que el lenguaje resulte discriminatorio, violento, ni sexista.

guladores, ciertos estereotipos que generan violencia y que han constituido históricamente a las mujeres como participantes no plenas de la vida social y el debate democrático.

Específicamente desde la óptica del derecho penal, el rol que tienen para cumplir los operadores de justicia en este proceso es fundamental. El derecho penal, en tanto es a la vez comunicativo y prescriptivo de los valores comunitarios⁴, tiene enormes potencialidades para acompañar el proceso de reivindicación de los derechos de las mujeres, y contra la violencia que ellas sufren por motivos de género, incluida la violencia doméstica. Donde sea que nos paremos respecto de la justificación de la pena, la imposición o dispensa de un castigo oficial –es decir, impuesto por autoridades públicas– tiene siempre, con o sin intención del/ de la juzgador/a, un resorte comunicador. Partiendo de esa base, sostengo en este trabajo que cuando nos encontramos frente a un caso en el que una mujer víctima de violencia doméstica mata a su agresor, los operadores de justicia, en tanto administradores del castigo, tienen en sus manos principalmente dos posibilidades: comunicar a nuestra sociedad que cuando una mujer víctima de violencia se defiende está cometiendo un “mal público⁵”, al que el Estado responderá con más violencia (después de todo, el castigo penal es la herramienta más violenta que el Estado tiene para con las personas que se encuentran bajo su jurisdicción); o comunicar que las mujeres que se defienden de su agresor están ejerciendo su derecho a una vida libre de violencia, que la discriminación y violencia históricas a la que ha sido sometido ese grupo ya no es tolerable ni permisible, y que el Estado acompaña la lucha por el fin de la violencia contra las mujeres.

⁴Duff, Antony, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 59-60.

⁵Antony Duff llama males públicos a aquellos males que, además de la víctima concreta, son compartidos por la comunidad entera como tales porque atacan los valores y bienes jurídicos centrales de la comunidad. “We could say that these are wrongs in which the community shares. As members of the community, we should see them not merely as the victim’s wrongs but as ‘our’ wrongs. Just as the central goods of the community are shared goods, so attacks on those goods are wrongs in which we share with the victim as fellow citizens”. Duff, Antony, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 63.

En este artículo, brindo los motivos por los que considero que este último mensaje es el que corresponde, y que solo se expresa con claridad mediante la absolución por legítima defensa.

Los estereotipos de género y el Estado

Para comprender las implicancias del fenómeno jurídico-judicial que sucede cuando una mujer víctima de violencia doméstica mata a su agresor, debemos tener en cuenta que, sin perjuicio de los grandes avances que ha logrado la lucha feminista, el ejercicio del poder y los lugares de toma de decisiones tanto en el ámbito público como privado continúan estando mayormente reservados a varones y funcionando bajo lógicas masculinas que carecen de perspectiva de género.⁶ El ámbito del derecho no es la excepción,⁷ y es por eso que, a la hora de resolver estos casos, los tribunales suelen llegar a soluciones tardías, inadecuadas y revictimizantes, operando de conformidad con estereotipos de género⁸ que se encuentran arraigados tanto en los operadores de justicia como en el mismo sistema jurídico.

⁶ Sobre este tema, ver: Sacchet, Teresa, "Beyond Numbers", *International Feminist Journal of Politics*, 2008.

⁷ "Al igual que en años anteriores, se observa que, si bien el sistema de justicia está conformado por un 56 % de mujeres, su participación disminuye en las posiciones superiores. La proporción femenina es mayoritaria en el personal administrativo (61 %) y en el funcionariado (61 %), se reduce entre las/os magistradas/os, defensoras/es y fiscales (44 %) y es aún menor entre las máximas autoridades judiciales (28 %), lo que expone una base mayoritariamente femenina y una cúpula mayoritariamente masculina". CSJN, *La Corte Suprema publicó la actualización del Mapa de Género de la Justicia Argentina*, Oficina de la Mujer-Noticias, 06/03/2020. El *Mapa de Género de la Justicia Argentina, Informe Edición 2019* se encuentra disponible en: <https://om.csjn.gob.ar/mapagenero/pages/view/public/informes/informemapa2019.pdf> [sitio consultado el 17/07/2020].

⁸ "Los estereotipos de género son creencias sobre los atributos de mujeres y hombres, que cubren desde rasgos de personalidad (las mujeres son más subjetivas y emocionales, los hombres son objetivos y racionales), comportamientos (las mujeres son más pasivas sexualmente, los hombres son más agresivos en ese plano), roles (las mujeres deben asumir las tareas de cuidado y el

Sobre esto, en su conocido artículo “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, Julieta Di Corletto explica:

“La violencia contra las mujeres entraña un problema de discriminación de género, la respuesta que la justicia da a la violencia también evidencia un claro sesgo de género y por ello, es predecible que los casos de mujeres víctimas de violencia que asesinan a sus parejas también se vean afectados por la discriminación. La minimización de la violencia como antecedente, el desconocimiento de las particularidades del fenómeno de la violencia en el marco de fuertes relaciones de dominación en el ámbito intrafamiliar, sumado a los prejuicios que definen y refuerzan el problema de la discriminación exigen pensar detenidamente la forma en la que los funcionarios judiciales analizan y resuelven este tipo de conflictos”.⁹

hombre ser el proveedor), características físicas (las mujeres son más débiles que los hombres) y de apariencia (los hombres deben ser masculinos), ocupaciones (las carreras de armas no son para las mujeres, los hombres no pueden ser parvularios) y supuestos de orientación sexual (las lesbianas son egoístas y no priorizan el interés de sus niños; los gays son promiscuos).

Los estereotipos hacen que nos formemos un juicio sobre un individuo a partir de la ilusión de creer que sabemos cómo es y eso puede ser el origen de una injusticia. En el caso Campo Algodonero fallado por Corte Interamericana de Derechos Humanos, las autoridades desatendieron las denuncias de desaparición de mujeres pobres porque asumieron que las jóvenes “eran muchachitas que andaban con el novio o con amigos de vaga”, dijeron que “una niña buena, una mujer buena, está en su casa”, e incluso culparon a las madres por permitir que sus hijas anduvieran solas o salieran en la noche (...) Los estereotipos no solo asumen cómo es una persona, sino que asocian una expectativa (y generalmente una sanción social) de que la persona sea precisamente como la describe el estereotipo: las madres no solo se postergan por el interés de sus hijos, una madre *debe* postergarse por ellos, de una manera que al padre, por ejemplo, no se le exige”. Undurraga, Verónica, “¡Cuidado! Los estereotipos engañan (y pueden provocar injusticias)”, Columna de Noticias de la Universidad Adolfo Ibañez, Santiago de Chile, 1/3/2017.

⁹ Di Corletto, Julieta, “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, N° 5/2006, mayo 2006.

Primero entonces, debemos echar una mirada a cómo funcionan y han funcionado los estereotipos de género en la sociedad, en el ámbito del Estado, y más puntualmente en el ámbito del derecho y la administración de justicia.

Las personas tenemos la capacidad y la necesidad de clasificar las cosas materiales e inmateriales que nos rodean. Así organizamos tanto la vida individual como la vida social. Pero –mal utilizada– esa capacidad puede llevar a confusiones peligrosas que mezclan la necesidad y utilidad de clasificar las cosas, con el efectivo conocimiento sobre estas, derivando muchas veces en estereotipos problemáticos, como los de género. Me explico: entendemos al conocimiento como una creencia sobre una determinada proposición a la que se le asigna el carácter de verdadera.¹⁰ Si esa proposición es luego refutada como falsa, fue en realidad solo una creencia. Por su parte, los estereotipos son imágenes o ideas aceptadas comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable. Y justamente, a estas imágenes o ideas –que bien podríamos llamar creencias– lo que las torna inmutables es la asignación de verdad que la comunidad les otorga, incluso muchas veces a pesar de ser refutadas. Es decir, que el estereotipo es para quienes lo creen verdadero, tomado como un conocimiento que, en principio, no admite prueba en contrario, aun cuando efectivamente exista prueba en contrario. Por ejemplo, a pesar de que hoy en día hay muchas mujeres profesionales exitosas en sus ámbitos, quienes se aferran a estereotipos de género continúan afirmando que las mujeres tienen menores aptitudes técnicas que los varones y que deberían dedicarse solo a tareas domésticas.

Ahora bien, este problema se vuelve mucho más complejo cuando quien otorga y reafirma ese carácter de verdad a la creencia-estereotipo es el Estado, a través de sus mecanismos reguladores como el derecho. Porque a través del derecho el Estado no solo expresa una adhesión a la creencia en nombre de la comunidad entera (aun si no todos sus miembros la comparten), sino que además “empodera” la creencia, la toma como premisa y establece la ficción –oficial– de que es una realidad. Luego, partiendo de esa base, si “conocemos” una realidad, debemos

¹⁰ Sobre las teorías del conocimiento, ver Guibourg, Ricardo A., Ghigliani, Alejandro M. y Guarinoni, Ricardo V., *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, Eudeba, 1985.

actuar de modo tal que tenemos en cuenta la existencia de “eso” que es real; y a partir de allí crear juicios de valor sobre las diferentes situaciones posibles que deriven de la existencia de esa realidad, y claro, elegir una posición para cada una de esas situaciones, que será la que guíe nuestro accionar y comportamiento. Esa decisión sobre en qué lugar va a posicionarse la sociedad frente a determinadas situaciones y “realidades” constituidas, en los Estados democráticos se hace a través de las autoridades públicas, que son las representantes del Pueblo (o lo intentan, a veces con más, y a veces con menos éxito).

Si se toma el caso de los estereotipos de género, puede verse con claridad ese proceso. Las construcciones culturales sobre el género históricamente clasificaron (y construyeron) lo masculino y lo femenino sobre la base de las siguientes creencias: lo femenino se encuentra relacionado con la debilidad, lo servicial, la pasividad, la castidad, la vida doméstica, la maternidad, la histeria, y con menores aptitudes técnicas. Las mujeres son “el sexo débil”. Mientras que lo masculino se encuentra asociado con la fuerza, el conocimiento técnico, el liderazgo, la virilidad, y la agresividad, y los hombres son “el sexo dominante”.

Hoy en día estas creencias puestas así, de un modo tan tajante, pueden parecer a mucha gente extemporáneas y algo exageradas. Pero es necesario tener en consideración, que sin perjuicio del cambio que supuso luego del fin de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la Organización de las Naciones Unidas, la llegada de los derechos humanos como los conocemos actualmente (inherentes al ser humano, universales, etc.), lo cierto es que el orden social actual –con esto me refiero al orden social dentro de los Estados Nación– fue desarrollado durante sus dos primeros siglos bajo el paradigma de los derechos del hombre.¹¹ Estos eran derechos atributos –llamados muchas veces derechos naturales– que unieron a los nacionales con sus Estados en comunidad política, pero cuyos titulares eran exclusivamente sujetos masculinos, adultos, europeos y propietarios.¹² Es decir, que durante

¹¹ Cuyas expresiones históricas más fuertes podemos encontrar en las declaraciones de derechos de fines del siglo XVII y principios del siglo XVIII.

¹² Al respecto, ver: Raffin, Marcelo, “Droits humains et émancipation: un outil-pour la démocratie? une analyse de la potentialité des droits à partir de la pensée foucauldienne”, *Praxis Filosófica*, Nueva serie, No. 47 julio-diciembre 2018.

los primeros siglos de creación del derecho que regula el orden social como lo conocemos, las autoridades públicas en cuya cabeza estaba la responsabilidad de expresar las creencias y posiciones morales de la comunidad eran únicamente hombres, y los ciudadanos que podían votar para elegir a esas autoridades, también. Esto significa que absolutamente todos los encargados de tomar una posición colectiva frente a la creencia de que lo bueno, lo mejor, y lo importante estaba siempre relacionado con el sexo masculino, eran hombres. En ese contexto, a través del ejercicio del poder y el desarrollo de los aparatos reguladores del Estado, se han ido moldeando e intensificando ciertas creencias estereotipadas relacionadas con el sexo –en sentido biológico– que luego avanzaron hacia estereotipos de género.¹³

Pero además, una vez que el Estado asigna veracidad a una creencia y toma posiciones morales al respecto, lógicamente su función es la de regular la conducta de los miembros de la sociedad de forma tal de fomentar, proteger y garantizar lo que ha sido elegido como bueno y verdadero. Y especialmente cuando se trata de creencias que implican poner a un determinado grupo social en posición de inferioridad y constituir a sus miembros como participantes incompletos de la vida social, eso es un problema.

En ese sentido, Rebecca J. Cook y Simone Cusack han explicado:

“Como los estereotipos de género, la asignación de estos evoluciona, en parte, debido a la forma en que el género es entendido. La estereotipación de género *per se* no es necesariamente problemática, sino cuando opera para ignorar las características, habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales, de forma tal que se le niegan a las personas sus derechos y libertades fundamentales y se crean jerarquías de género. Entender la forma en que el derecho encarna y contribuye a la estereotipación de género, es parte de la manera en que podemos

¹³ Cuando hablamos de “sexo” nos referimos a la condición biológica de la persona, de acuerdo con sus genitales, mientras que cuando hablamos de “género” nos referimos a la construcción social y cultural sobre la sexualidad, como lo femenino o lo masculino.

entender las experiencias de inequidad de las mujeres, las cuales se encuentran condicionadas por este”.¹⁴

Sin ir más lejos, hasta hace no muchos años en la Argentina, la mujer tenía entre sus obligaciones maritales el llamado “débito conyugal”, que consistía en un deber especial de satisfacer los apetitos sexuales de su marido. Así, hasta el año 1999 el capítulo del Código Penal Argentino que hoy se titula “Delitos contra la integridad sexual” se titulaba “Delitos Contra la Honestidad”, y si una mujer era violada por su marido no se encontraba cumplido el tipo penal de violación. Al ser el agresor su esposo, embestido por la ley como el hombre poseedor de su sexualidad, y acreedor de sus obligaciones de servicio (entre las cuales se encontraba la de brindar sexo), el bien jurídico “honestidad” de la mujer no se consideraba afectado. Esto significaba, entre otras cuestiones, que la violencia sexual masculina no era considerada como algo malo en sí mismo, sino como algo inaceptable bajo determinadas circunstancias (como cuando era cometida fuera del matrimonio). Podríamos decir entonces que la violencia masculina no estaba prohibida, sino regulada: habían ámbitos donde ejercerla y donde no. Era la misma ley la que prescribía cuándo y cómo esa violencia era indeseable y cuándo era aceptada. Así, partiendo de la base estereotipada de que las mujeres habrían venido a este mundo a servir a los hombres en todos los aspectos de la vida doméstica, y de que la violencia era parte de “ser hombre” (que era *per se* algo bueno), el esposo podía ejercer violencia contra la mujer que le debía servicio –sexual en este caso– si aquella se negaba a prestarlo.

También en este sentido, podemos pensar en la antigua tipificación del adulterio como delito contra la honestidad, que estuvo vigente hasta el año 1995 en el Código Penal Argentino. Este es un ejemplo interesante porque, si bien tanto hombres como mujeres eran susceptibles de incurrir en el tipo penal, la norma (art. 118) establecía un trato diferenciado entre los sexos. En el caso de las mujeres, para que se configurara el delito, bastaba con que la mujer mantuviera una relación sexual con otro hombre distinto de su marido; mientras que en el caso

¹⁴ Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2009, Traducción al español por Andrea Parra, Profamilia, 2010, p. 23.

de los hombres, el tipo penal establecía que debía tener “manceba”, es decir, una relación permanente con una misma mujer que no fuera su esposa. Sin perjuicio de si consideramos o no que “la honestidad” (lo que sea que eso signifique) es un bien jurídico que requiere protección legal, lo cierto es que durante el tiempo que lo fue, la “honestidad” de las mujeres parecía estar oficialmente constituida de forma diferente a la “honestidad” de los hombres. Entre los elementos constitutivos de la honestidad de la mujer se encontraba la castidad, salvo cuando cumplía con el “débito conyugal”; mientras que la castidad no era un requisito para la honestidad masculina. Al contrario, el hombre podía tener encuentros sexuales casuales con cuantas mujeres quisiera sin incurrir en delito alguno, después de todo eso era considerado como parte de su virilidad, y la virilidad como característica asignada a lo masculino era considerada algo positivo en sí mismo. Lo único que no debía hacer el hombre era entablar una relación permanente con otra mujer.

Así, una concepción estereotipada y deliberadamente errada, pero tomada como conocimiento, ha entrañado siglos de discriminación y violencia, y excluido de ámbitos esenciales de la vida social a más de la mitad de las personas que habitan nuestro territorio. Básicamente, los estereotipos de género, creados culturalmente y luego perpetuados formalmente por el Estado, han fomentado históricamente la violencia y exclusión contra cualquier persona que no sea, como mínimo, un hombre cisgénero¹⁵ heterosexual.

Pero a pesar de todas esas dificultades, la lucha de las mujeres por sus derechos es cada vez más fuerte y prominente en todos los ámbitos; y en una comunidad política democrática como la nuestra el Estado debe, sí o sí, acompañarla. Recordemos que la Argentina ha adoptado, nada más y nada menos que en su Constitución Nacional, un concepto estructural de la igualdad¹⁶ (art. 75 inc. 23), asumiendo el compromiso de llevar adelante acciones positivas que tiendan a equiparar las desigualdades históricas que han puesto a ciertos grupos –entre los cuales

¹⁵ Las personas cisgénero son aquellas cuya identidad o expresión de género coincide con su sexo biológico.

¹⁶ Al respecto, ver: Saba, Roberto, “(Des)Igualdad Estructural”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

se encuentran la mujeres— en situación de vulnerabilidad social. Pero, además, el Estado argentino ha asumido obligaciones específicas en cuanto a la erradicación de la violencia contra las mujeres, tanto en el ámbito nacional como internacional: ha ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹⁷ y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Para), que cuentan en nuestro sistema jurídico con jerarquía constitucional, y ha sancionado —entre otras— la Ley Nro. 26485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. El Estado argentino debe acompañar la lucha de las mujeres por la igualdad y el fin de la violencia porque esa es la obligación que ha asumido para con su propia comunidad, y porque sin eso no existe la participación plena de las mujeres en el debate democrático¹⁸, que es una de las bases constitutivas de nuestra comunidad política.

¹⁷ En ese sentido, ver: Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina*, CEDAW/C/ARG/CO/7, 2016.

¹⁸ En ese sentido, si bien históricamente se ha tendido a pensar la desigualdad en términos de distribución inequitativa de recursos, la filósofa estadounidense Nancy Fraser identifica otro tipo de problemas estructurales que generan desigualdad y exclusión: la falta de reconocimiento y la falta de representación. El problema de la falta de reconocimiento se encuentra relacionado con la existencia de patrones de valor cultural institucionalizados, que valoran ciertas particularidades culturales sobre otras. En el caso de la discriminación de género, el problema se ubica en la existencia de patrones culturales sexistas que otorgan a lo masculino cualidades consideradas positivas, mientras que lo identificado como femenino es mayormente degradado, constituyendo así a las mujeres como participantes no plenas del debate democrático. En esta dimensión se ubican también las concepciones estereotipadas de la mujer, que luego se reflejan en privaciones de derechos, como la falta de acceso a la justicia debido a pautas culturales machistas que se encuentran arraigadas en los operadores de justicia. La representación, en cambio, es la dimensión política de estas negaciones, que excluye la posibilidad de nuevas voces en el debate democrático y que, por ejemplo, se ve reflejada en la falta de mujeres y especialistas en género en los cargos de toma de decisiones del sistema de administración de justicia en general. Al respecto, ver: Fraser, Nancy, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era ‘postsocia-

Sobre las mujeres víctimas de violencia doméstica que matan a su agresor. ¿Por qué legítima defensa?

En la lucha contra la violencia hacia las mujeres podemos encontrar al menos dos momentos claves respecto de la intervención del Estado: primero la prevención. Luego, si esta falla y la violencia sucede de todas formas, el accionar estatal frente a las consecuencias de la violencia.¹⁹

lista”, *New Left Review* (edición en español), N° 0, 2000 (ejemplar dedicado a: Pensamiento crítico contra la dominación), pp. 126-155.

¹⁹ La enumeración de los deberes específicos de los Estados parte de la Convención de Belem Do Para en relación con el compromiso de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres se encuentra en sus artículos 7 y 8. La Convención entró en vigor en 1995 y fue aplicada por primera vez para atribuir responsabilidad internacional a un Estado en el año 2005, en el caso *María Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, en el que la Comisión interamericana de Derechos Humanos concluyó que el Estado violó en perjuicio de la señora *María da Penha Maia Fernandes* los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, garantizados por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en el artículo 1(1) de dicho instrumento y en los artículos II y XVII de la Declaración, así como el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Allí, específicamente determinó la Comisión que las violaciones de derechos en las que había incurrido el Estado ocurrieron como parte de un patrón discriminatorio respecto a la tolerancia de la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil por ineficacia de la acción judicial. Luego, algunos años después en el caso “*Campo Algodero*” la Corte IDH especificó: “[En relación al deber de prevención], se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará” (Corte IDH, “*González y otras (“Campo Algodonero”) Vs.*

Cuando una mujer víctima de violencia doméstica llega al punto de matar a su agresor, la prevención ha fallado, la protección ha fallado, y nos encontramos con el qué hacer con sus consecuencias. Como adelanté, en esta situación en la que intervendrá ya el derecho penal, la resolución de estos casos enviará un mensaje a las mujeres afectadas y a la sociedad en general. En ese sentido, las opciones que han tomado mayormente los tribunales que buscan evitar la condena son la absolución por falta de culpabilidad en virtud del llamado “síndrome de la mujer golpeada”²⁰, o la absolución por falta de antijuridicidad, aplicando legítima defensa.

En este trabajo se sostiene que el mensaje más adecuado, el más acorde con la obligación del Estado de erradicar la violencia contra las mujeres, es el que transmite la aplicación de la legítima defensa. Es decir: que cuando una mujer víctima de violencia doméstica se defiende está ejerciendo su derecho a hacerlo, aun si para ello debió recurrir a la fuerza letal. Y esto no significa que el Estado vaya a instigar el homicidio como remedio a la violencia doméstica. El Estado continúa teniendo las mismas obligaciones de prevención y protección contra la violencia, y debe poner a disposición de las mujeres que la sufren todos los medios posibles para ofrecerles una salida. Pero si eso no ocurre, y una mujer se encuentra en una situación de violencia de la que no puede salir y acaba por matar a su agresor, el Estado no debe utilizar el derecho penal para responder con más violencia, sino para reconocerle su derecho a defenderse. Después de todo, ese derecho es el que nuestra comunidad política le ha reconocido en el Código Penal a todo/a miembro/a de la sociedad.

México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 16 d noviembre de 2009, párr. 258).

²⁰ El síndrome de la mujer maltratada se entiende como un trastorno patológico que se da en las mujeres que son víctimas de violencia de género como resultado del maltrato continuo. Este síndrome está asociado al trastorno de estrés postraumático (TEPT), y se utiliza en casos judiciales cuando la mujer ha matado a su agresor para argumentar que el acto fue inculpable, ya que ella se encontraba bajo los efectos de esta patología al momento del ataque. Al respecto, ver: Walker, Lenore, *El síndrome de la mujer maltratada*, Desclée de Brouwer Editores, 2012.

En los próximos acápite, se desarrollarán argumentos para explicar que la subsunción de estos casos dentro de la legítima defensa no presenta en realidad grandes dificultades técnicas, sino más bien culturales, y se ofrecerán razones para aplicarla en virtud de la función comunicadora del derecho penal.

El encuadre jurídico

La legítima defensa se encuentra contemplada en el artículo 34 del Código Penal de la Nación, que establece que no será punible: “El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”.

Como primera aproximación a los requisitos del art. 34 de Código Penal, podemos decir que para que la agresión sea ilegítima debe afectar lesivamente bienes jurídicos sin derecho²¹ (por ejemplo, la persona agredida no debe estar legalmente obligada a soportarla). Además, debe ser actual o inminente, entendiendo “inminente” como algo que, aun si no está sucediendo en el tiempo presente, podemos tener cierta certeza de que ocurrirá²² (esta distinción es importante a

²¹ Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 621-622.

²² “En cuanto a los límites temporales de la acción defensiva, cabe señalar que esta puede realizarse mientras exista una situación de defensa, que se extiende desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos (...) En cuanto a la legítima defensa contra actos preparatorios, que se ha llamado erróneamente legítima defensa anticipada, el texto de la ley argentina se refiere a impedir o repeler la agresión; contando con que solo se puede impedir lo que no se ha producido se trata de supuestos que están abarcados por la fórmula legal. Cabe concluir que la legítima defensa es posible desde que el agresor hace manifiesta su voluntad de agredir y tiene a su disposición los medios idóneos para hacerlo, o sea que puede hacerlo en cualquier momento, provocando así un peligro inmediato para los bienes jurídicos. Es bueno observar también que estas condiciones importan por sí mismas una lesión a la tranquilidad de la persona y, por ende, desde otro punto de vista puede

la hora de analizar el caso de la mujer víctima de violencia que mata a su agresor mientras duerme o por la espalda).²³

Por otra parte, en relación con la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, podemos decir que la defensa empleada debe ser adecuada para repelerla, entendiendo como tal a aquella que no genera una desproporción insólita o grosera entre los bienes jurídicos afectados²⁴, y que debe optarse en principio por el medio menos lesivo, a menos que ello implique para el/la agredido/a un peligro grave, en cuyo caso puede optar por un medio más duro pero garantizador.²⁵ Finalmente, sobre la falta de provocación suficiente por parte

pensarse en una agresión actual". Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 623

²³ Julieta Di Corletto explica: "En una relación de pareja existen ciertos códigos de comunicación que son exclusivos e ininteligibles para quienes están afuera; dentro de una pareja ciertos gestos, palabras o tonos tienen significados muy claros que no son igual de inequívocos para los demás. Para una mujer que vive violencia, una mirada, un movimiento, ya constituyen señales que le permiten prever la agresión que se desencadena. Con frecuencia, las mujeres golpeadas desarrollan un estado de hipervigilancia que lleva a que perciban una situación de peligro frente a gestos que, quienes no fueron sometidos a abuso, no reconocerían como antecedentes de un ataque". Di Corletto, Julieta, "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, N° 5/2006, mayo 2006.

²⁴ "La legítima defensa no tiene los límites que provienen de la ponderación de males del estado de necesidad sino los que le impone la racionalidad como ausencia de disparidad escandalosa". Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 612-613.

²⁵ "...‘medio’ no connota un instrumento sino todo género de acciones y omisiones que se emplean para la defensa. Esta apreciación resulta correcta, puesto que la ley no exige una equiparación ni proporcionalidad de instrumentos, sino la ausencia de desproporción aberrante entre las conductas lesiva y defensiva, precisamente en sus respectivas lesividades. Así, no será irracional la defensa del que siendo atacado a puñaladas se defiende con un arma de fuego, porque no existe una aberrante desproporción lesiva entre ambas conductas, aunque objetivamente sea más dañoso un revólver que un cuchillo. Tampoco lo será la de quien emplea un arma blanca o de fuego frente a quien le agrede a golpes de puño, si la superioridad física del agresor le impide detenerle con igual medio". Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro

de quien se defiende, esto no significa necesariamente la inexistencia de provocación, sino que, incluso en casos en los que sí la hubo, aquella sea suficiente para generar el tipo e intensidad de agresión de la que se defiende. Por ejemplo, si insulto a mi vecino, puedo prever que se enoje y me agrede verbalmente, pero no que busque un cuchillo e intente matarme. En este último caso existió provocación, pero no suficiente.

Pensemos entonces estos requisitos a la luz del caso de la mujer víctima de violencia doméstica que mata a su agresor. Esa mujer mata para repeler una agresión ilegítima de su parte que, o bien está sucediendo en ese mismo momento, o bien puede claramente prever con certeza que sucederá, basada en la violencia cíclica²⁶ y continuada a la que es sometida.²⁷ De hecho, específicamente sobre el requisito de la

y Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 615.

²⁶ El concepto de la violencia doméstica como violencia cíclica fue introducido en 1979 por la psicóloga estadounidense Leonor Walker en su libro *The Battered Woman*. Como resultado del estudio de diversas pacientes víctimas de violencia, Walker identifica que la violencia doméstica tiene una dinámica cíclica y que el ciclo de la violencia está compuesto por tres fases distintas que varían en tiempo e intensidad para cada pareja: Fase uno: acumulación de tensiones (caracterizada por el malestar constante en la pareja, los enojos recurrentes y el envío constante de signos de malestar del hombre hacia la mujer); Fase dos: explosión de la violencia (caracterizada por uno o varios incidentes agudos de violencia que pueden incluir situaciones de violencia física extrema); Fase tres: respiro de calma y cariño (etapa de Luna de Miel en la que el hombre pide disculpas, tiene atenciones especiales y promete que no volverá a pasar).

²⁷ Sobre esto, Julieta Di Corleto explica: “En lo que hace a la discusión sobre la inminencia de la agresión cabe hacer una distinción entre un fugaz momento de calma en el contexto de un feroz ataque y el fin de la agresión. Expresado en estos términos las diferencias pueden ser claras, pero la distinción deja de ser prístina si se modifican los supuestos de hecho y se comienza por imaginar extensos momentos de calma que la mujer razonablemente percibe como previos a una agresión. En efecto, en algunos casos de mujeres golpeadas, no es tan fácil definir cuándo se está frente al fin de la agresión. En estos supuestos, se ha sugerido que el pasado de abuso sea utilizado para redefinir en forma adecuada el concepto de “inminencia” o para evaluar la razonabilidad de la percepción de la agresión como inminente”. Di Corleto, Julieta, “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, N° 5/2006, mayo 2006. También

inminencia para la aplicación de la legítima defensa en casos de violencia doméstica, se expidió recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

“...la inminencia debe ser considerada desde una perspectiva de género. Se sostiene que en las uniones de hecho o derecho, la violencia de género no debe concebirse como hechos aislados sino en su intrínseco carácter continuo, porque en forma permanente se merman derechos como la integridad física o psíquica... La inminencia permanente de la agresión, en contextos de violencia contra la mujer se caracteriza por la continuidad de la violencia –puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia– y su carácter cíclico –si fue maltratada, posiblemente vuelva a serlo”.²⁸

Como se adelantó, este análisis es aún más importante cuando pensamos en el caso de la mujer que mata a su agresor por la espalda o mientras duerme, ya que allí la agresión puede no ser actual pero sí inminente. Es que esa mujer se está defendiendo tanto como la que lo hace en pleno ataque. Y esto es así porque ella tiene cierta –lógica– certeza de que la agresión ocurrirá, y quien actúa en legítima defensa debe tener permitido actuar tan temprano como sea necesario para defenderse con eficacia, especialmente cuando su vida se encuentra en riesgo.²⁹ Y en este punto, incluso más allá de la propia percepción de la

ver: Bouvier, Hernán G., “Legítima Defensa en el Anteproyecto de Código Penal. La Presunción en Casos de Violencia Doméstica”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Nro. 4/2015.

²⁸ Procuración General de la Nación, “RC E s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 63.006” (CSJ 733/2018/CS1), dictamen del 3 de octubre de 2019, pág. 20, a cuyos fundamentos remite la CSJN: “RC E s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 63.006 del tribunal de casación penal” (CSJ 733/2018/CS1), sentencia del 29 de octubre de 2019.

²⁹ Por ejemplo, en un caso reciente en el cual la imputada –víctima de violencia doméstica– había dado muerte a su pareja por la espalda mientras él caminaba delante de ella al momento de abandonar una fiesta luego de una discusión, la mujer manifestó: “...él sale, pero antes de salir del domicilio me dice ‘esto lo arreglamos en casa’. Entonces me mira de esa forma que me miraba (llora) y sabía que significaba que me iba a matar a palos. Era la vida mía o la de él”. Cámara en lo Criminal y Correccional de Primera Nominación de la Segunda

mujer, la historia y las estadísticas nos han enseñado que no hay dudas: la vida de las mujeres que sufren violencia doméstica está en riesgo.³⁰

Luego, en relación con el medio empleado, lo cierto es que, si bien podría la mujer intentar algún medio menos lesivo como la separación, las advertencias, o incluso la resistencia física al momento de la agresión, es simplemente coherente en este tipo de casos que ella considere que esas opciones pueden ser extremadamente peligrosas, y que de hecho lo sean. Ya en 1991, Martha Mahoney analizó en profundidad lo que ella llamó “Separation Assault”³¹ (“la agresión por separación”) y explicó que, revisando de cerca los casos de esposas asesinadas, muchas veces resultan ser casos de ex-esposas asesinadas, y que eso es porque la violencia más extrema es utilizada contra la mujer al momento de

Circunscripción Judicial de Río Cuarto, provincia de Córdoba, Sentencia del 27/10/2020 (Resolución Nro. 245).

³⁰ A modo de ejemplo, el Informe sobre Femicidios de la Oficina de la Mujer de la CSJN correspondiente al año 2019, indica que de los 252 femicidios directos ocurridos en ese periodo, 206 se produjeron en contextos de violencia doméstica, y que en el 66 % de los casos los femicidios fueron cometidos por sujetos activos que mantenían un vínculo de pareja (113 casos) o de ex pareja (66 casos) con las víctimas. Además, el 73 % de las víctimas fueron asesinadas en viviendas. Ese informe y los de los años anteriores se encuentran disponibles en: <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html>[sitio consultado el 17/07/2020].

³¹ “Darle un nombre a la agresión por separación es un intento de utilizar una definición social, un concepto cultural, para resolver problemas doctrinales en el derecho. No debería articularse como una nueva prueba para el comportamiento de las mujeres (‘¿esta mujer de hecho se fue y cómo vamos a juzgar la energía con la que intentó separarse?’) sino más bien promover una nueva comprensión de la violencia contra la mujer. Al intervenir en la conciencia cultural, el ataque por separación permite a los actores jurídicos (incluidos los abogados, fiscales, jueces, jurados, trabajadores sociales y estudiosos del derecho) reconcebir muchas cuestiones jurídicas que dependen de la comprensión de la vida y las experiencias de las mujeres. Nuestra comprensión de lo ‘objetivamente’ razonable depende de nuestras intuiciones culturales sobre qué son la experiencia normal y la respuesta normal. Al reflejar una conciencia del poder y control, y hacer hincapié en los peligros que conlleva la separación, la agresión por separación ayuda a que la experiencia de las mujeres sea comprensible en el derecho”. Mahoney, Martha, “Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation”, *Michigan Law Review*, Vol. 90. Issue: 1, 1991, p. 71.

la separación³² (respalda la actualidad de esta teoría, por ejemplo, el Informe sobre Femicidios de la Oficina de la Mujer de la CSJN del año 2019, que indica que sesenta y seis (66) de los ciento setenta y nueve (179) femicidios producidos ese año en contextos de violencia doméstica en las relaciones de pareja, fueron cometidos contra mujeres que se habían separado de su agresor).³³

En el mismo sentido, sobre las preguntas de tipo “¿Por qué no se fue?”, explica Julieta Di Corleto:

“Este tipo de argumentación, no solo refuerza los mitos en torno a la violencia, sino que también evidencia falta de conocimiento sobre la situación específica de las mujeres golpeadas que intentan huir de los ataques de sus parejas. Los estudios dan cuenta de que las agresiones más feroces se dan en el momento en que la mujer intenta irse. El momento de la separación es reconocido como el período más peligroso en una relación de maltrato y se estipula que puede durar hasta dos años después de terminado el vínculo. La pretensión de independencia de la mujer, y específicamente en el acto de la separación, es la que exacerba la violencia masculina. Por ello, las mujeres que abandonan a sus maridos enfrentan un riesgo mayor de ser lesionadas o asesinadas”.³⁴

³² Más recientemente, el Informe del año 2018 del Programa de Patrocinio jurídico Gratuito del Ministerio Público de la Defensa, cuenta: “se indagó en el impacto que puede tener el momento de la separación en el ejercicio de la violencia. En concreto, se les preguntó a las consultantes que se habían separado del denunciado si, tras la separación, se incrementaron los episodios de violencia. El 82% del total de las asistidas contestó que se separó del denunciado tras un período de convivencia. De esa cantidad, el 64% manifestó que luego de la separación se intensificó la violencia”. Defensoría General de la Nación, *Informe Anual 2018 de Servicios de Asesoramiento y Patrocinio Gratuitos a Víctimas de Violencia de Género*, p. 4.

³³ Informe sobre Femicidios de la Oficina de la Mujer de la CSJN correspondiente al año 2019, disponible en :<https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html> [sitio consultado el 17/07/2020].

³⁴ Di Corleto, Julieta, “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, N° 5/2006, mayo 2006.

Lo cierto es que, lamentablemente, este es un punto de análisis que resulta extremadamente problemático en los tribunales, que suelen evaluar las posibilidades alternativas de liberación que tenía la mujer mediante un análisis corriente de medios y fines, sin perspectiva de género y como si la situación de violencia no fuese un factor determinante en sus opciones. Esto, de hecho, motivó en 2011 los votos concurrentes de –valga la aclaración– las dos Ministras mujeres de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en uno de los casos más emblemáticos sobre esta temática en la Argentina: el caso “Leiva”:

“...aquella afirmación del *a quo* para descartar un supuesto de legítima defensa, que a partir del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso –a la cual asigna, sin más, un carácter voluntario–, deriva que Leiva se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima, no solo soslaya las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido”.³⁵

A su vez, la falta de respuesta generalizada de los organismos públicos frente a las denuncias por violencia doméstica hace que muchas de las mujeres que solicitan la ayuda o protección del Estado no sean escuchadas y su situación de indefensión no se modifique, e incluso llegue a agravarse, quedando libradas a la voluntad de su agresor y culminando muchas veces en su propia muerte o la de sus seres queridos.³⁶ En ese sentido, el ya mencionado Informe sobre Femicidios de la Justicia Argentina del año 2019 indica que hubo en ese período 179

³⁵ CSJN. “Leiva María Cecilia s/ Homicidio simple” (L. 421. XLIV), Sentencia del 1 de noviembre de 2011, voto concurrente de la Dra. Elena Highton de Nolasco, al que adhiere la Dra. Carmen M. Argibay, considerandos n° 2 y 5.

³⁶ “Los relatos de los casos de violencia contra las mujeres son más crudos cuando hacen alusión a los infructuosos intentos de obtener ayuda de la policía o cuando hacen referencia a las malogradas peregrinaciones por los tribunales. La violencia contra las mujeres no es un fenómeno aislado, pero sí resulta excepcional que la justicia dé una respuesta a tiempo”. Di Corletto, Julieta, “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, N° 5/2006, mayo 2006.

femicidios directos cometidos en el marco de situaciones de violencia doméstica, y que al menos en 42 casos existían ya denuncias previas de las víctimas por hechos de violencia.³⁷ Por supuesto, todo esto no significa que las mujeres víctimas de violencia doméstica no puedan de ninguna manera intentar separarse o pedir ayuda, sino que se expone para demostrar que aquellas mujeres que no lo hacen, no omiten esas soluciones por falta de voluntad o por preferir dar muerte a su agresor antes que cualquier otra solución, sino porque tienen lógicos motivos para pensar que eso puede ser infructuoso y extremadamente peligroso para su propia vida e integridad física o para la de terceros.

Finalmente, sobre la falta de provocación suficiente, parece una obviedad que no hay nada que una persona pueda hacer que merezca que un otro la someta sistemáticamente a violencia.

Aun así, resulta difícil para estas mujeres conseguir una absolución por legítima defensa, y en aquellos casos en los que lo logran, suele ser ya en altas instancias recursivas, luego de haber atravesado años de un proceso penal revictimizante y, en muchos casos, privadas de su libertad.³⁸ A su vez, algunos Tribunales han aplicado como solución alternativa a la condena, la absolución por falta de culpabilidad de la mujer, a quien consideran demasiado afectada psicológicamente por las consecuencias devastadoras de la violencia doméstica para hacerla responsable de sus actos. Sin embargo, si bien esa solución es funcional en términos de absolver a la mujer en el caso concreto, la realidad es que no es adecuada. Es cierto que las mujeres víctimas de violencia doméstica sufren graves afectaciones psicológicas a raíz de la tortuosa situación en la que viven, pero la utilización en el derecho de conceptos como “el síndrome de la mujer maltratada”, que incluye por ejemplo la llamada “impotencia aprendida”³⁹, da lugar a discusiones sobre su

³⁷ Informe sobre Femicidios de la Oficina de la Mujer de la CSJN correspondiente al año 2019, pág. 30.

³⁸ Al respecto, ver: Procuración General de la Nación, Dirección General de Políticas de Género, *Perspectiva de género en las sentencias judiciales. Compendio sobre femicidio y legítima defensa*, 2019.

³⁹ La indefensión aprendida consiste en un estado psicológico de desesperanza e indefensión frente a la violencia sufrida, que impide a las mujeres maltratadas tomar decisiones a su favor para salir de una situación en la que las están violentando, por considerar que nada de lo que hagan influirá en el

propia salud mental, que pierden el foco sobre lo importante y revictimizan a las mujeres que sufren violencia, catalogándolas como sujetas enfermas, indefensas e incapaces de dirigir su propia voluntad.⁴⁰ Es decir, se corre el foco de la investigación y en lugar de considerarse la violencia de género y las acciones previas del agresor, se juzga si las características personales y psicológicas de la mujer encajan en la descripción del síndrome, que por cierto coinciden con ciertos patrones culturales estereotipados de lo que “se espera de una mujer” (como la sumisión y la debilidad) y con los que los operadores de justicia suelen acordar. Finalmente, este tipo de conceptos estáticos desconocen la diversidad de individualidades y experiencias de las mujeres, y aquellas que no alcanzan estos estereotipos quedan fuera de la posibilidad de ser absueltas, aun cuando de las circunstancias y probanzas del caso resulte claro que corresponda.

resultado. “Las mujeres golpeadas no intentan dejar la situación de maltrato, incluso cuando pueda parecer a un observador externo que es posible escapar, porque no pueden predecir su propia seguridad; creen que nada de lo que ellas o cualquier otra persona haga puede alterar sus terribles circunstancias”. Walker, Lenore, *Terrifying Love. Why Battered Women Kill and How Society Responds*, Nueva York, Harper Perennial, 1989, p. 50.

⁴⁰ “Poco a poco, y gracias al empleo de esas categorías, se va construyendo una visión de las mujeres maltratadas como mujeres dañadas, incapaces. La agresión, lejos de mover a solidaridad, anima cada vez más a funcionarios y funcionarias a castigar a las mujeres por ser o haber sido maltratadas, y a atraparlas en largas cadenas de revictimización en las que se violan sus derechos fundamentales (...) La conclusión inevitable es que es más fácil y cómodo para las y los profesionales de salud seguir trabajando con diagnósticos y etiquetas que remiten y señalan a la mujer, sus capacidades y deficiencias, que comprometerse con una comprensión real de un problema que no es intrapsíquico sino social”. Carcedo Cabañas, Ana, “Diagnósticos y valoraciones psicológicas de las mujeres maltratadas: los riesgos revictimizantes”, *Medicina Legal de Costa Rica*, vol. 21, n. 2 Heredia Sep. 2004.

La dimensión social del Derecho Penal: su potencial comunicador

Tratar de encontrar solución a estos casos en la condena o en la absolución por falta de culpabilidad no solo es inadecuado porque, como se vio, no hay motivos para excluir la legítima defensa, sino que hay algo más que debe ser tenido en cuenta, que excede la teoría general de imputación, y eso es la dimensión social del derecho penal, cuya expresión se encuentra en su potencial comunicador. Antony Duff explica que, a través del castigo, se les comunica tanto a la persona imputada como a la sociedad entera, que lo que hizo es contrario a los valores de la comunidad, que es un “mal público”⁴¹; y se espera que –en el mejor de los casos– lo comprenda y se arrepienta. Pero también, al pensar el derecho penal como un ámbito comunicativo y de diálogo entre el/la agente que cometió la ofensa y el resto de la comunidad, el proceso penal debe ser un espacio para escuchar lo que la persona imputada tenga para decir en su defensa, y considerar si corresponde o no hacerla responsable y castigarla.⁴²

Desde esta perspectiva, más allá de la intencionalidad o no del juzgador de enviar un mensaje a la sociedad mediante la imposición de una pena, lo cierto es que por lo menos un mensaje es enviado de todas formas: “esta conducta es contraria a los valores de nuestra sociedad, resulta inaceptable y tiene consecuencias institucionales”. Este es efectivamente el mensaje, lo cual es independiente de si cada persona en su ámbito privado de pensamiento está o no de acuerdo con su contenido

⁴¹ Duff llama males públicos a aquellos males que, además de la víctima concreta, son compartidos por la comunidad entera como tales porque atacan los valores y bienes jurídicos centrales de la comunidad. “We could say that these are wrongs in which the community shares. As members of the community, we should see them not merely as the victim’s wrongs but as ‘our’ wrongs. Just as the central goods of the community are shared goods, so attacks on those goods are wrongs in which we share with the victim as fellow citizens”. Duff, Antony, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 63.

⁴² Duff, Antony, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 80.

y decide discutirlo. Y digo “contraria a los valores” y no “contraria a las normas”, porque la posibilidad de ir en contra de la norma general de forma legítima existe y se encuentra contemplada justamente en causales de justificación como la legítima defensa. Mediante la no condena y la no aplicación de una pena en estos casos, lo que comunica quien administra el castigo es que esa conducta, si bien es contraria a la norma general, no es –debido a su contexto específico, que incluye las acciones del primer agresor– ilegítima o contraria a nuestros valores fundamentales y, por lo tanto, el Estado no va a castigarla.

La valoración sobre el contenido (en cuanto a si el mal era merecido o no) ya entra dentro del marco de la justificación de la pena o de su excepción, y está fuertemente relacionado con la percepción moral de las normas y valores que se reputan contrarios a la conducta llevada adelante por la afectada, o que la dispensan. En otras palabras, puedo estar o no de acuerdo con la prohibición que establece la norma, y eso estará relacionado con mi percepción moral sobre el bien jurídico protegido, pero si la norma está vigente la prohibición existe igual y debe cumplirse; a la vez que puedo estar de acuerdo o no con una determinada excepción de punibilidad, pero si la norma que la establece está vigente, la excepción existe y cuando corresponda debe aplicarse. La legítima defensa existe porque no está prohibido defenderse de una agresión ilegítima en la medida que sea necesario para evitarla, y todo lo que no está prohibido está permitido.⁴³ Nadie se encuentra obligado/a a soportar una agresión ilegítima, y cuando el derecho penal les dice a las mujeres que ellas sí lo están, le está comunicando a la comunidad entera que ellas son “nadie”, y eso sí, sin lugar a dudas, es ilegítimo en el marco de una comunidad política democrática e igualitaria.⁴⁴ Especialmente en una comunidad política como la nuestra,

⁴³ “... la naturaleza de los tipos permisivos es clara: si confieren permisos, están reconociendo o creando derechos. Un sujeto tiene derecho a realizar un tipo permisivo y si no lo realiza no sucede nada de relevancia jurídica. En síntesis, las causas de justificación son ejercicios de derechos”. Zaffaroni, Eugenio R., *Tratado de derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1981, t. III, p. 581.

⁴⁴ “La discriminación contra las mujeres, profundiza la inequidad del sistema, y esta situación de desigualdad estructural, está ausente en los supuestos privilegiados del código penal; como también es soslayada por la doctrina hegemónica. Ello, confluye en que las mujeres vean limitado el ejercicio de un

que ha voluntariamente asumido la obligación de erradicar la violencia contra las mujeres.

Es que el derecho penal no debe criminalizar cualquier tipo de mal, sino únicamente aquellos considerados males públicos. Y, en ese sentido, Duff sostiene que para entender qué males son públicos en relación con el derecho penal, es necesario delimitar cuál es el ámbito público de la comunidad política a la que responde. Es decir, que para pensar qué debe criminalizar el derecho penal debemos comenzar por tener un concepto del tipo distintivo de sociedad a cuya estructura este derecho refleja, teniendo en cuenta sus fines y sus valores.⁴⁵ Ahora bien, siguiendo esa línea de pensamiento y teniendo también en cuenta el rol comunicacional del derecho penal, podemos decir que cuando la aplicación de una pena o su dispensa se encuadran en un caso relacionado con algún reclamo social o reivindicación de derechos, el mensaje que transmite la administración del castigo es más fuerte: el Estado ha escuchado el reclamo y, como representante de la comunidad política, está dispuesto a acompañarlo y formar parte del proceso de cambio exigido; o el Estado se resiste al cambio. Pero si el Estado se resiste al cambio, incluso luego de haber reconocido los nuevos valores como propios de la comunidad (por ejemplo, como cuando la Argentina ha asumido el compromiso de erradicar la violencia contra las mujeres), entonces se está resistiendo a incorporar los nuevos valores comunitarios, alejándose de la misma comunidad a

derecho constitucional, el de defenderse en casos de violencia doméstica por razones de género (...) Destacando la existencia de presupuestos de legítima defensa presunta en el código penal, por ejemplo, el ingreso nocturno a un domicilio ajeno sin autorización, que permite al habitante causar 'cualquier daño' al agresor. Me pregunto, si no resulta discriminatorio, e incluso vetusto, que no exista un reconocimiento legislativo del enorme flagelo que implica hoy para sociedades como la nuestra la violencia doméstica, por razones de género. A la vez que demuestra el modelo androcéntrico del proyecto de reforma, en el que se regula la conflictividad desde el punto de vista masculino, y se sigue omitiendo el punto de vista femenino –de estos asuntos–". Lanzilotta, Sofía, "Acusadas de defenderse. El proyecto de Código Penal y la histórica legítima defensa masculina", Suplemento Especial de Thomson Reuters –La Ley– *Comentarios al Anteproyecto de Código Penal*, 2019.

⁴⁵ Duff, Antony, *The Realm of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

la que se supone que representa. Además, cuando en una democracia el Estado utiliza el derecho penal para resistir la incorporación de los nuevos valores comunitarios, impone una distancia conflictiva entre el derecho penal y la sociedad, generando una situación de inestabilidad jurídica que amenaza –e incluso desvirtúa– la misma estructura política de la comunidad. Por eso, el rol que los operadores de justicia tienen para cumplir en este tipo de situaciones es prominente. Su ámbito de desempeño es el más dinámico de los tres poderes del Estado y, por lo tanto, el que más rápidamente puede responder a la necesidad de cambio o resistirlo. Incluso, muchas veces frente a una exigencia de la sociedad, la sanción y promulgación de nuevas normas son precedidas por fallos judiciales favorables al cambio de paradigma.⁴⁶

Sin embargo, el hecho de que la legítima defensa (al igual que la mayor parte del derecho penal) haya sido creada desde una óptica masculina y luego interpretada generalmente desde esa misma tesitura⁴⁷, ha generado una falta en su aplicación para estos casos, que envía a las mujeres y a la sociedad un mensaje revictimizador, reproduciendo la violencia que hemos asumido como sociedad la obligación de erradicar. El problema no está en la posibilidad jurídica de encuadrar estos casos como legítima defensa, sino en que para eso las autoridades llamadas a resolverlos deben interpretar el artículo 34 del Código Penal con perspectiva de género, deben estar dispuestas a incorporar, exteriorizar y comunicar a través del derecho penal y la administración del castigo nuevos patrones culturales. Patrones en los que la violencia de género no es aceptable, ni siquiera aquella que sucede en el ámbito familiar o doméstico, y las mujeres que se defienden de hombres violentos, saliendo de los moldes asignados culturalmente como la sumisión y

⁴⁶ Piénsese por ejemplo en el caso “Sejean” y la ley de divorcio vincular.

⁴⁷ Marcela Rodríguez y Silvia Chejter nos explican: “fue forjada para una agresión, pelea, ataque entre varones que, por lo general, no se conocen previamente entre sí, y de peso, talla y fuerza similar. Sobre la base de esa perspectiva se estipularon los requisitos que esta causal de justificación demanda. No fue prevista para cuando las mujeres se defienden... Menos aun fue pensada para situaciones de violencia contra las mujeres en el ámbito familiar o de las relaciones interpersonales”. Chejter, Silvia y Rodríguez, Marcela, *Homicidios conyugales y de otras parejas: la decisión judicial y el sexismo*, Buenos Aires, Del Puerto, 2014, p. 19.

la pasividad, no están actuando antijurídicamente, sino ejerciendo su derecho a una vida libre de violencia, igual que cualquier otro miembro de la comunidad. Pero ese es el mensaje que envía la absolución por legítima defensa, no la falta de culpabilidad, y mucho menos la condena. Y si bien en algunos casos se ha logrado su aplicación (aunque mayormente en instancias recursivas y en casos en los que el ataque estaba sucediendo en el mismo momento que la mujer se defendió causando la muerte del agresor)⁴⁸, en muchos otros la absolución fue producto de haber valorado las consecuencias psicológicas de la violencia para atacar la culpabilidad de la mujer, a la que consideraran afectada por el “síndrome de la mujer golpeada”.⁴⁹ A diferencia del mensaje que transmite la legítima defensa, lo que comunica este tipo de solución es que las mujeres víctimas de violencia doméstica no tienen derecho a defenderse, pero que son personas incapaces de dirigir su propia voluntad, y por eso no pueden ser consideradas responsables penalmente. Además, como veremos a continuación, a ese mensaje se le suma otro: que si pretenden quedar en libertad deben (re)tomar una postura que se condiga con los estereotipos de género correspondientes.

Los tribunales que descartan la legítima defensa y se focalizan en el síndrome de la mujer golpeada como la única posibilidad de excusarlas esperan encontrarse con mujeres indefensas, que además aparenten indefensión. Pero las mujeres que logran salir de una situación de violencia doméstica son mujeres que justamente han logrado moverse de su situación de indefensión. Son sobrevivientes, aun cuando no hayan podido encontrar otra forma que causando la muerte de su agresor. Y es necesario comprender que, mientras algunas –incluso muchas– pueden arrastrar ciertos rasgos de esa indefensión y sumisión a la que estuvieron sometidas, otras pueden, más allá de su angustia –e incluso de comprender perfectamente la posible antijuridicidad de su accionar–, no sentir culpa, sentirse empoderadas por haberse defendido, sentirse

⁴⁸ Al respecto, ver: Procuración General de la Nación, Dirección General de Políticas de Género, *Perspectiva de género en las sentencias judiciales. Compendio sobre femicidio y legítima defensa*, 2019.

⁴⁹ A modo de ejemplo: Tribunal Supremo de Justicia de Neuquen, “P.V. S/ Homicidio doblemente agravado por el vínculo y por alevosía” (Expte. n°161, año 2011), sentencia del 12 de marzo de 2012.

libres por haber sobrevivido, y mostrarse fuertes y hasta orgullosas de sí mismas, y que eso no las hace menos víctimas de violencia, no hace que hayan sido menos indefensas durante el tiempo que duró la violencia que padecieron, no hace que la violencia que padecieron haya sido menos injusta y no hace que su accionar no haya sido justificado y legítimo. Esas mujeres llegan a los tribunales luego de haber superado su indefensión, y a aquellas que se sientan sobrevivientes y dueñas finalmente de sí mismas, la sociedad no puede reprocharles que ya no sean indefensas. De allí, que el derecho penal tampoco puede castigarlas por no encuadrar en el síndrome de la mujer golpeada, que además no es un concepto jurídico y no se encuentra exigido en ninguna norma. Especialmente, cuando –como se mostró anteriormente– sus casos se subsumen claramente en los supuestos de legítima defensa, cuyo análisis en el ámbito de la antijuridicidad debe ser previo al de la culpabilidad.

El problema de estos casos es que cuando el Estado y el Derecho intervienen, lo hacen tarde, primero porque cuando una mujer mata a su agresor, el Estado ya ha fallado en proteger sus derechos fundamentales durante todo el tiempo que ella sufrió violencia. Y luego, cuando los operadores de justicia que investigan el hecho analizan la teoría general de imputación en el caso concreto, aquellos que las absuelven por falta de culpabilidad, también las están absolviendo tarde. El momento de la absolución de la mujer víctima de violencia doméstica que mata a su agresor es el de la antijuridicidad, no el de la culpabilidad. En la culpabilidad, además de todos los problemas ya mencionados, ya estamos nuevamente tarde, ya hemos vulnerado nuevamente sus derechos al decidir que ella, a diferencia del resto de los miembros de la comunidad política, no puede legítimamente defenderse de una agresión ilegítima. Es que, como se explicó anteriormente, si estas mujeres son absueltas por falta de culpabilidad, eso significa que su accionar ha sido considerado antijurídico, no justificado, pero que se les concede la gracia de la absolución porque están tan enfermas que no podemos hacerlas responsables. Por eso, aunque ambos casos terminen en absolución, no da lo mismo la absolución por legítima defensa que la absolución por falta de culpabilidad. La primera reconoce a las mujeres como sujetas de derecho, enviando un mensaje de empoderamiento, la segunda las estigmatiza como objetos de protección, revictimizándolas.

Sobre esto, Montserrat Sagot nos explica:

“Con el desarrollo de una actitud de condena social al problema de la violencia contra la mujer, y el reconoci-

miento del derecho legítimo a la defensa, las mujeres que tienen que llegar al extremo de matar a sus agresores no necesitarán de etiquetas psiquiátricas para defenderse, y el resto de las mujeres que no tienen necesidad de llegar a ese punto encontrarán una situación social, legal e institucional diferente, ya que su problema será entendido como lo que es: una situación de injusticia, desigualdad y opresión”.⁵⁰

Si como comunidad política hemos decidido erradicar la violencia contra las mujeres y lo hemos, de hecho, exteriorizado a través de las obligaciones nacionales e internacionales asumidas por el Estado en esa materia, entonces no hay dudas de que el derecho penal y los operadores de justicia deben comunicar que la sociedad y el Estado que la representa acompañan la lucha contra la violencia. Más aún, el mensaje debe ser inequívoco, debe quedar claro que estas son absoluciones que, más allá del caso concreto, forman parte de las tantas medidas necesarias para erradicarla. Para eso, el foco y fundamento de la absolución debe ser la violencia doméstica como violencia ilegítima que la mujer no está obligada a soportar y de la que tiene derecho a defenderse, no su estado mental. Se deben reconocer las particularidades específicas de estos casos, llamarlos por su nombre y pronunciarse al respecto mediante soluciones jurídicas no revictimizantes. Porque para erradicar estereotipos que el mismo Estado y la sociedad han sostenido durante tanto tiempo, el mensaje de acompañamiento debe ser claro y contundente: Son sujetas de derecho. No están solas.

Así, por más que la mera incursión en el sistema penal es gravosa, si los/as operadores de justicia llevasen adelante procedimientos con perspectiva de género, el derecho penal podría incluso llegar a contrarrestar en cierta medida lo malo de ser llevada ante los tribunales, con ser un espacio de reivindicación para las víctimas. Un espacio en el que se las escuche, y que considere y declare oficialmente que no debían ser sometidas a violencia, que son sujetas de derecho y que frente a un agresor tienen derecho a defenderse. Pero ese no es el mensaje que

⁵⁰ Sagot, Montserrat, “Síndrome de la Mujer Agredida, Un Enfoque Sociológico en Mujer, Violencia y Poder”, *Memorias del Seminario, CEFEMINA*, San José, 1990, p. 24.

emite la condena ni la absolución por falta de culpabilidad de la mujer, es el mensaje que transmite la absolución por legítima defensa.

Esto último sería para las mujeres que matan a su agresor, algo así como el mejor escenario posible de lo que Duff llama el *right to be prosecuted*⁵¹, que es –explicado de forma resumida– un derecho a ser llamado/a a rendir cuentas, porque aun cuando uno/a tal vez haya lesionado un bien jurídico protegido por la comunidad, tiene derecho a ser tratado/a como parte de la misma, a defenderse, a explicar su postura y situación concreta, y a solicitar ser declarado/a inocente o dispensado/a.

Duff explica también que las personas pueden ser incluidas o excluidas de la comunidad política, tanto normativamente como de hecho; y que las personas excluidas son aquellas respecto de quienes la comunidad actúa –deliberadamente o en los hechos– como si los valores centrales de la comunidad no aplicaran a ellas, como si sus derechos no fueran igual de importantes.⁵² En ese sentido, la falta de respuesta generalizada del Estado frente a casos de violencia doméstica da a las mujeres víctimas un trato excluyente: las excluye en los hechos de la comunidad política mediante la privación por omisión de sus derechos.⁵³ Sumado a ello, el castigo penal es claramente excluyente, especialmente en los casos en los que implica prisión efectiva, cuya naturaleza misma es la exclusión. Es decir, que para esas mujeres, que

⁵¹ Duff, Antony, *The Realm of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

⁵² Duff, Antony, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 75-77.

⁵³ Incluso, en el primer caso de aplicación de la Convención de Belem Do Para en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que se trató justamente de un caso de violencia doméstica y de género, la CIDH entendió que “Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no solo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 54/01*, Caso 12.051 “Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil”, 16 de abril de 2001, párr. 56.

ya han sido excluidas por la sociedad y por el Estado al estar desamparadas frente a la violencia a la que eran sometidas, una vez llegado el procedimiento penal, el Estado, como representante de la comunidad política, tiene dos opciones: excluirlas definitivamente mediante el castigo⁵⁴, o remediar los agravios que han sufrido mediante la dispensa y su reconocimiento como sujetas de derecho. La diferencia entre dispensarlas por aplicación de la legítima defensa o por exclusión de su culpabilidad debido a las secuelas psicológicas identificadas bajo el síndrome de la mujer golpeada es la misma diferencia que existe entre considerar a una individuo como sujeta de derecho en una comunidad política democrática e igualitaria o como un objeto de protección en una sociedad patriarcal.

La violencia doméstica como fundamento para la presunción de la legítima defensa

El derecho penal tiene la capacidad de decir y comunicarles a las mujeres, y a la sociedad entera que, en esta comunidad política, el Estado está dispuesto a cumplir con las obligaciones asumidas, a proteger a las mujeres víctimas de violencia doméstica; y que si todo falla y esas mujeres acaban por no encontrar otra salida para sobrevivir más que la muerte de su agresor, no va a criminalizarlas ni estigmatizarlas. Y para esto, como se explicó, no basta con la mera absolución: falta de antijuridicidad no es lo mismo que falta de culpabilidad. Es que la absolución en la esfera de la antijuridicidad (como la legítima defensa) significa que el actuar estuvo justificado, mientras que, en la condena o la absolución por falta de culpabilidad, no.

Duff sostiene que para entender si un accionar se encuentra justificado, debemos comprender la relación entre las creencias, la verdad y las justificaciones.⁵⁵ Una creencia es verdad si lo que pasa en el mundo

⁵⁴ Sobre los motivos por los que el Estado no debe castigar a quienes ha puesto en una situación de vulnerabilidad que los ha llevado a cometer ciertos delitos, ver: Beade, Gustavo A., “Who can Blame Whom? Moral Standing to Blame and Punish Deprived Citizens”, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 13, nro. 2, 2019.

⁵⁵ Duff, Antony, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the*

es efectivamente como esa creencia lo describe. Pero una creencia puede ser verdad o no ser verdad, y aun así estar justificada. La creencia estará justificada en tanto y en cuanto el/la agente tenga buenas razones para creer que es verdadera (aun si no lo fuera). Es decir, que las razones para aceptarla sean al menos lo igualmente buenas que aquellas para rechazarla. En el mejor de los casos, además de las buenas razones, la creencia será efectivamente verdadera. Pero si finalmente no lo fuera, el reconocimiento de la justificación no exige la comprobación de veracidad posterior, sino el haber tenido buenos motivos para creerla verdadera en el momento de guiarnos por ella.⁵⁶

Si analizamos bajo esta perspectiva los casos de las mujeres víctimas de violencia doméstica que matan a su agresor podemos distinguir buenos motivos para establecer directamente una presunción de legítima defensa, es decir, para regularlos como supuestos especiales de legítima defensa. Veamos: 1) La creencia de la mujer es que debe defenderse porque su agresor va a lastimarla o incluso a asesinarla; 2) Es, de hecho, imposible comprobar fehacientemente si era verdad que el ataque del que se defiende hubiese ocurrido o continuado ocurriendo si ella no se defendía de esa manera y cuál hubiese sido su gravedad; 3) Sin embargo, podemos decir que esa mujer, basándose en su experiencia de violencia cíclica a la que es sometida, tiene buenos motivos para pensar que su agresor va a lastimarla o incluso a asesinarla.⁵⁷ Por lo tanto, su creencia se encuentra justificada.

Ahora bien, si la creencia –justificada– es que ese otro va a lastimarla o asesinarla, lo que debemos preguntarnos es si para el derecho penal una creencia justificada de esas características puede operar como causa de justificación para defenderse causando un daño al agresor, incluyendo la muerte. Y en este caso el Código Penal tiene escrita una respuesta: no será punible “El que obrare en defensa propia o de sus

Criminal Law, Oregon, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007.

⁵⁶ Duff, Antony, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oregon, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007, pp. 267-268.

⁵⁷ Algunas de esas razones están explicadas en los acápites anteriores (por ejemplo, su propia experiencia, los diversos estudios sobre cómo funciona la violencia doméstica y las estadísticas sobre femicidios ocurridos en contextos de violencia doméstica).

derechos”. Esto significa que, para eliminar la posibilidad de absolverla en el ámbito de la antijuridicidad, y fundar una absolución por falta de culpabilidad o una condena, debemos primero demostrar que su creencia no estaba justificada. Y eso implica negar las particularidades y gravedad de la violencia doméstica. Si una mujer que es efectivamente víctima de violencia doméstica considera que su vida e integridad física se encuentran amenazadas, decir que la creencia de esa mujer no está justificada, es afirmar que las mujeres víctimas de violencia doméstica no se encuentran en riesgo. En cambio, si reconocemos que la vida e integridad física de las mujeres víctimas de violencia doméstica se encuentran en riesgo, admitimos que aquella que mató a su agresor tenía buenas razones para defenderse. Y, en ese caso, si negamos que su defensa se encuentra justificada, ¿entonces cuál es el mensaje? ¿Qué hace a esas mujeres diferentes del resto de los miembros de la comunidad que sí pueden defenderse ante la creencia justificada de que sufrirán una agresión ilegítima contra su vida o integridad física? Si la Argentina ha asumido compromisos en el ámbito nacional e internacional para erradicar la violencia contra las mujeres, y entendemos que las mujeres víctimas de violencia doméstica a las que el Estado ha fallado en proteger y que acaban por matar a su agresor tienen buenos motivos para defenderse, entonces las soluciones jurídicas que les niegan la absolución por legítima defensa no solo son inadecuadas, sino que directamente contrarían el contenido mismo de las obligaciones asumidas. Por eso, podemos decir que el derecho penal no debe dejar librada a la “buena voluntad” de los operadores de justicia la resolución de estos casos, sino que es necesario regularlos como supuestos especiales de legítima defensa para obtener una mayor seguridad jurídica, especialmente a la luz de los penosos resultados obtenidos hasta ahora.

Por supuesto, hay quienes podrían argumentar que una regulaci6n especial no encuentra sentido, siendo que técnicamente los casos en cuesti6n se subsumen sin problemas en la fórmula genérica de la legítima defensa. Y ese argumento podría ser válido, si no fuera porque las prácticas judiciales discriminatorias y revictimizantes que se han señalado a lo largo de este trabajo nos han demostrado que lamentablemente la discriminaci6n hacia las mujeres se encuentra tan arraigada en nuestro sistema de administraci6n de justicia, que con eso no alcanza. Y las mismas personas podrían contraargumentar que, entonces, lo que debe modificarse es la discriminaci6n, no el Código Penal. Pero el error en este tipo de formulaci6n está en pensar esas dos

modificaciones como excluyentes entre sí. Es cierto que si pudiésemos erradicar instantáneamente de nuestro sistema de administración de justicia la discriminación hacia las mujeres probablemente no haría falta modificar el art. 34 del Código Penal para establecer estos casos como supuestos especiales de legítima defensa. Pero nada impide modificar el Código Penal como medida garantizadora mientras el sistema de administración de justicia avanza hacia la igualdad, que es un camino largo. En cambio, hay algo que sí nos impide continuar dilatando la ejecución de soluciones potencialmente garantizadoras, como la modificación propuesta: nuestros valores, nuestra estructura comunitaria y las obligaciones asumidas, como por ejemplo que la Convención de Belem Do Para establece en su artículo 7, inc. e) la obligación de “por todos los medios apropiados y sin dilaciones (...) tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”.

Lo cierto además, es que, en tanto la modificación legislativa que se propone acerca más el Código y el Derecho Penal a los valores comunitarios (como la igualdad de género y el fin de la violencia doméstica), su modificación, aunque a algunas personas pueda parecerles innecesaria, no genera de hecho ningún mal a la comunidad, por lo que no hay motivos para abstenerse de hacerlo. Mientras que la persistencia de una situación jurídica que permite a los operadores de justicia apartar al derecho penal de esos valores sí es gravosa, tanto para las mujeres afectadas como para la comunidad misma, existiendo razones para su modificación. En otras palabras, si sopesamos las consecuencias de modificar o no modificar el artículo 34 del Código Penal para incluir estos casos como supuestos especiales de legítima defensa, el mal que genera no modificarlo es superior a los argumentos para no hacerlo, que no incluyen la producción de un mal para la comunidad, sino simplemente –en el peor de los casos– una acción innecesaria pero acorde a derecho y a nuestros valores comunitarios. Por el contrario, si, lejos de ser innecesaria, la realidad es como se describe en este artículo, y los operadores de justicia se valen de las vaguedades propias de una fórmula jurídica genérica para alejarse de los compromisos asumidos por el Estado en relación con los valores comunitarios con los que tal vez ellos no están personalmente de acuerdo, entonces la modificación propuesta sería una solución que otorgaría mayor seguridad jurídica

a las mujeres víctimas de violencia doméstica y a nuestra comunidad política en general.

Palabras finales

La violencia de género es un mal estructural que afecta, entre otros colectivos, a las mujeres de nuestro país y del mundo, y la violencia doméstica es una de sus expresiones más comunes y devastadoras. Los Estados fallan sistemáticamente en garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, a pesar de todos los compromisos nacionales e internacionales que asumen y de los esfuerzos desplegados. Frente a ello, muchas de las mujeres que son víctimas de violencia doméstica se encuentran en la situación de no tener más opción que defenderse por sí mismas, llegando muchas veces incluso a matar a su agresor.

Cuando esas mujeres son llevadas a la justicia, se enfrentan a una serie de prejuicios y estereotipos de género arraigados en los operadores de justicia y en el derecho mismo, que suelen llevar a procedimientos judiciales violentos y revictimizantes, en los que sus derechos fundamentales son nuevamente vulnerados, y que muchas veces terminan en condenas graves o en absoluciones con fundamentos inadecuados que las estigmatizan.

Sin embargo, si el Estado y la comunidad política que representa comienzan a hacerse cargo de sus falencias y de las responsabilidades que se han asumido, el derecho penal puede ser una gran herramienta comunicadora para cuando las circunstancias hagan que las mujeres víctimas de violencia se vean obligadas a defenderse por la fuerza, aun con fuerza letal. Para esos casos, el derecho penal aplicado con perspectiva de género ofrece la posibilidad de absolver a las acusadas mediante la causal de justificación de la legítima defensa, enviando un mensaje de acompañamiento y legitimación como sujetas de derecho a esas mujeres a las que se les ha fallado.

La legítima defensa tiene un detalle muy importante para estos casos, que excede lo técnico, y es que en su nombre se encuentra la palabra “legítima”.

Capítulo VI

Repensando el sistema penal: ¿cómo castigar frente a un estado ausente?¹

Camila Petrone

*“En los hechos, nuestro derecho penal suele ser
excluyente:
excluye de los derechos y beneficios de la ciudadanía
a aquellos contra quienes ejerce su poder”.²
(Antony Duff)*

I. Introducción

El presente artículo ha surgido como consecuencia de una preocupación personal vinculada al mayor sufrimiento que inevitablemente genera la aplicación de una pena cuando se trata de castigar a quienes pertenecen a los sectores más desaventajados de nuestra sociedad en

¹ Deseo aprovechar este espacio para agradecer especialmente a Gustavo Beade, Ramiro Fihman y Agatha Ciancaglini Troller por sus comentarios, sus críticas y, sobre todo, por su tiempo.

² Duff, Antony, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015, p. 25.

tanto el castigo, como hoy lo conocemos, implica perpetrar la situación de desigualdad preexistente.

Aquella inquietud será mi guía para lo que pretendo desarrollar aquí y, para ello, debo aclarar que escribo a partir de una postura minimalista del derecho penal, de verdadera *última ratio* ya que creo firmemente que nuestro sistema penal –y la cárcel como paradigma de este– no resocializa, no reinserta ni mejora ninguna situación preexistente sino que, por el contrario, genera dolor y perpetúa las desigualdades que ya existían.

Hechas estas aclaraciones, y partiendo de la idea de que –al menos en Latinoamérica y, específicamente, en la Argentina– vivimos en una sociedad desigual en la que la riqueza no está distribuida de forma armónica y donde el Estado se encuentra –para muchos– absolutamente ausente, es que creo que el derecho penal no puede ser ajeno a estas circunstancias.³

En las aulas planteamos –remitiéndonos a tratados internacionales– que el fin de la ejecución de la pena privativa de la libertad es, esencialmente, la “reforma y readaptación social”⁴ de la persona condenada pero, luego generamos cárceles sobrepobladas donde no hay trabajo ni cupos educativos para todos, con altos índices de violencia institucional, que no cumplen con ningún estándar internacional y que, sobre todo, no mejoran las posibilidades de acceder a alguna forma de subsistencia a su regreso en el medio libre.⁵

³ En tal sentido ver los siguientes informes: 1) CIPPEC, CEDLAS y PNUD, *El desafío de la pobreza en Argentina*, 2018, disponible en <https://www.cippec.org/publicacion/el-desafio-de-la-pobreza-en-la-argentina> [sitio consultado el 15/09/2020]; 2) INDEC, *Informe de la Distribución del Ingreso (DPH). Primer ingreso de 2020*, disponible en https://www.indec.gob.ar/uploads/informes-deprensa/ingresos_1trim2018BF7C2BCC.pdf [sitio consultado el 15/09/2020].

⁴ Resulta necesario aclarar, en este punto, que considero que la cuestión acerca de las llamadas “teorías re” constituye una problemática en sí misma un tema que excede al presente artículo y que merece ser objeto de un debate por separado.

⁵ Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), *Informe Anual 2019: la situación de los derechos humanos en las cárceles Federales de la Argentina*, disponible en <https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/Informe-anual-2019.pdf>, [sitio consultado el 15/09/2020]; Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), *Informe Anual 2018*, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_ejecutivo_sneep_2018.pdf

Dentro de esta lógica perversa quienes más sufren las consecuencias del sistema son aquellas personas que ya han sentido en carne propia la ausencia del Estado –probablemente durante toda su vida– que no les garantiza el acceso a una vivienda digna, al trabajo o incluso a recibir la alimentación que necesitan. En esta lógica y para ciertos sectores –que no son, en términos numéricos, minoría– el Estado aparece por primera vez en sus vidas solo para criminalizarlos y, muchas veces, los delitos que les imputan tienen que ver con carencias previas que debieran haberse visto satisfechas.

En lo que respecta a este último punto, al remitirnos al último informe del SNEEP, veremos que –al menos en el año 2018– el 43 % de la población penitenciaria de la Argentina se encontraba desocupada, el 39 % se encontraba compuesto por trabajadores/as a tiempo parcial, mientras que solo el 18 % de la población penitenciaria resultó tener –antes de su detención, claro– trabajos de tiempo completo.⁶ En el mismo sentido, en el informe mencionado se ve que el 67 % de la población penitenciaria, en 2018, había alcanzado de forma previa a su detención únicamente estudios primarios o inferiores.⁷

Así, si bien no se trata de datos que implican *per se*, la ausencia del accionar estatal –ni son tampoco los únicos indicadores posibles– sí sirven para demostrar que la población penitenciaria se compone, en amplia mayoría, por personas que no han podido acceder a un empleo que les permita sostenerse ni tampoco han concluido el sistema de educación formal, requisito que resulta a menudo indispensable para la obtención de un empleo formal.

En estos casos, considero que no debería inculparse a alguien por un delito cometido para proveerse de los medios mínimos de subsistencia o, mejor dicho, para satisfacer las necesidades básicas no cubiertas por el Estado. Es esto último, es decir, la legitimidad estatal para perseguir y castigar ciertos delitos lo que pretendo analizar en el presente artículo.

[sitio consultado el 15/09/2020].

⁶ Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), *Informe Ejecutivo, año 2018*, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_ejecutivo_sneep_2018.pdf, [sitio consultado el 15/09/2020].

⁷ *Ibíd.*

Lo que planteo aquí podría entenderse como una reconfiguración de los postulados de Alessandro Baratta, quien, hacia fines del siglo pasado, postulaba –en pocas palabras– que el derecho penal no podía construirse desde la óptica de las clases hegemónicas sino que, más bien, debía tomar el punto de vista de lo que él llamaría “clases subalternas”.⁸ Se trata, entonces, de retomar la idea de la construcción de “un derecho penal de las clases subalternas” para adaptarlo a las necesidades y problemáticas del *ius puniendi* en el siglo XXI y, específicamente, centrarme en los planteos de Gustavo Beade en las obras que a continuación analizaré. Así, intentaré extender los planteos de este último autor a casos que resultan más frecuentes en la práctica.

Para ejemplificar lo que intento postular tomaré como base el caso que ha diseñado Gustavo Beade⁹ para demostrar lo ilegítimo del castigo en un supuesto en que la comisión de un delito se debe, casi necesariamente, a la ausencia del Estado. Partiré de su planteo para intentar demostrar que la matriz subyacente a su planteo podría ser traspolada a otros delitos que tal vez son más comunes en la práctica o que tienen un impacto mayor en la población penitenciaria local, como es el caso de algunos hurtos.

II. Marco teórico

El hecho de que nuestro sistema penal es selectivo no es ninguna novedad. Ya lo desarrollaría en su momento A. Baratta¹⁰ – al sostener que mientras que a la “clase dominante” le interesa contener la “desviación” para que no incida en el funcionamiento del sistema económico y social –es decir, en sus intereses y el mantenimiento de su hegemonía– por medio del proceso selectivo de persecución de delitos, “...las clases subalternas, en cambio, están interesadas en una lucha radical

⁸ Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1982, pp. 209-215.

⁹ Beade, Gustavo, *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2017.

¹⁰ Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1982.

contra los comportamientos socialmente negativos, es decir, en una superación de las condiciones propias del sistema socioeconómico capitalista, a las que la propia sociología liberal ha referido no infrecuentemente los fenómenos de la criminalidad...”, ya que son las seleccionadas negativamente –y de forma continua– por los mecanismos de criminalización.¹¹

La propuesta –ya nada novedosa– de la creación de un verdadero derecho penal contrahegemónico o que, al menos, no parta de los intereses exclusivos de quienes ocupan lugares de poder, puede, en la actualidad, ser también analizada desde la perspectiva de la teoría del republicanismo penal. En este punto, tomaré principalmente los postulados de Duff¹² y Husak.¹³

La dicotomía “hegemónico-dominante” de la que hablaba Baratta y los problemas que presenta la aplicación desigual del derecho penal –como marcan Duff y Husak– hacen eco constantemente en nuestra forma de castigar y me llevan a pensar que gran parte de los delitos que perseguimos –en la Argentina y en los países capitalistas– son aquellos que atentan contra la propiedad, como si no advirtiéramos que muchos de ellos son una contradicción manifiesta pues reflejan la siguiente paradoja: se trata de un sistema que impulsa el consumo, la competencia y el éxito económico y margina a quienes no poseen los medios para insertarse en esa lógica y, a la vez que los margina, los persigue y castiga –en lo que aquí interesa– sus intentos por pertenecer.¹⁴ De esta forma se generan ciertos estereotipos reforzados por las agencias policiales y judiciales y los medios masivos de comunicación que circunscriben, en general, a aquel sector de la sociedad que no ha sido tenido en cuenta a la hora de sancionar normas penales, que se encuentra prácticamente excluido del centro de poder y de toma de decisiones.

En términos de Duff, esta dicotomía se manifiesta también en la retórica del derecho penal en tanto “El castigo penal es algo que ‘noso-

¹¹ *Ibíd.*, p. 211.

¹² Duff, Antony, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.

¹³ Husak, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites del derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

¹⁴ Ver, en este sentido, Merton, Robert K., *Teoría y estructura sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

tros' los ciudadanos cumplidores con la ley les imponemos a 'ellos', los otros peligrosos de quienes debemos estar protegidos; o, visto desde otro lado, se recibe como algo que 'ellos', los 'poderosos', nos infringen a 'nosotros' los desfavorecidos".¹⁵

La pregunta es, entonces, ¿cómo construir un sistema penal realmente contra hegemónico? En primer lugar, colocar en el centro de la discusión a quienes constituyen lo que Baratta llamaría "clases subalternas" –este "ellos" o "nosotros" del que habla Duff– porque es justamente sobre aquellos/as que el derecho penal terminará por recaer de la forma más dura. Aquellas personas a quienes el Estado no garantiza ciertos derechos humanos fundamentales –vivienda, trabajo, salud, educación– que, muchas veces, son perseguidas o forzadas a identificarse por la policía solo por el hecho de vestirse de determinada manera o de frecuentar determinados lugares deben ser, precisamente, el centro de protección de las garantías y los límites al derecho penal.

Se trata de –en primer lugar– eliminar el riesgo de que los medios coercitivos del Estado sean manipulados para proteger un orden social injusto, ya que este uso de la coerción de forma discriminatoria reproduce la desigualdad estructural que subyace en nuestra sociedad y, además, explica en parte la deplorable situación de nuestras prisiones, pero no bastaría solo con solucionar los problemas de la llamada "criminalización primaria" ya que, luego, las agencias judiciales harán lo propio a la hora de dictar condenas más o menos justas fundadas en estereotipos encubiertos.

Es a partir de todo ello que debemos preguntarnos por la legitimidad de la persecución estatal y el consecuente castigo en estos casos. En términos de R. Gargarella, cuestionar "...si aquellos que viven, de manera sistemática, en condiciones de pobreza extrema, tienen el deber de obedecer el derecho..."¹⁶, ya que "para ellos, el derecho no ha sido un medio de ganar libertad o de alcanzar el autogobierno, sino

¹⁵ Duff, Antony, ob. cit., p. 27.

¹⁶ Gargarella, Roberto, "El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema" en Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Marcial Pons, 2008, p. 204.

más bien un instrumento que ha contribuido decisivamente a forjar la opresión en la que viven...”¹⁷

En *De la injusticia penal a la justicia social*, Gargarella reconoce que, muchas veces, el camino del derecho penal se entrecruza con aquellos que involucran graves problemas de justicia social¹⁸, a los que me he referido más arriba. A partir de esto, debemos reconocer que nuestra sociedad –o, al menos, la forma en que está organizado nuestro sistema judicial– no cuenta con la capacidad necesaria para perseguir penalmente y, eventualmente, sancionar a todas las conductas que parecieran ser delictivas, menos aun considerando que son cada vez más los tipos penales que incorporamos a nuestras leyes.

Es a partir de esta imposibilidad y de los recursos sumamente limitados con los que contamos que los operadores policiales y judiciales se ven obligados a tomar una decisión –generalmente tácita y absolutamente informal– respecto de aquellas conductas que sí perseguiremos las que, en los hechos, terminan siendo aquellas que son más fáciles de investigar, delitos callejeros, burdos, muchas veces calificados como “de flagrancia”. De esta manera, la capacidad estatal se concentra en algunos delitos y ciertos grupos dejando afuera la persecución de otros delitos y otros grupos –que en general suelen asociarse con aquellos que implican maniobras más complicadas de investigar, como es el caso de los llamados “delitos de cuello blanco”¹⁹– cuya afectación a, por ejemplo, la propiedad termina siendo mucho mayor que la que generan los delitos que normalmente interesan a los/as fiscales/as y jueces/zas.

Vemos entonces: “...cuando el aparato político y policial se encuentra marcado por sesgos de clase y raza, los delitos de ‘menor cuantía’ (por ejemplo, la tenencia de estupefacientes) tienden a resultar sobre-castigados en comparación con otros delitos, de ‘guante blanco’(...) más vinculados con el poder...” y que “si las cárceles empiezan a llenar-

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Gargarella, Roberto, ob. cit., p. 241.

¹⁹ En este punto ver Binder, Alberto M., *Sentido del principio de oportunidad en el marco de la reforma de la justicia penal de América Latina*, en <http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-Principio-de-oportunidad-1.pdf> [sitio consultado el 15/09/2020].

se de personas del mismo origen social y racial, uno tiene razones para sospechar que ello tiene mucho menos que ver con la naturaleza de ciertas personas o grupos sociales (...) que con decisiones, explícita o implícitamente tomadas por los administradores del derecho penal”.²⁰ Aquí radica, precisamente, la idea central que subyace a la construcción que pretendo hacer en este trabajo.

Para continuar con los conceptos centrales de mi planteo deseo traer a consideración un artículo de Anitua y Gaitán²¹, en el que ponen de resalto, justamente “...la dificultad que existe para justificar moralmente el castigo en sociedades como las nuestras, que excluyen sistemáticamente de su seno a un importante número de individuos” y la forma en que el “orden neoliberal” “...que aumentó en forma inimaginable la brecha entre ricos y pobres (entre incluidos y excluidos), ha sido acompañado en un incremento inusitado del uso del poder punitivo...”²²

Surge, en este contexto, la cuestión del *consentimiento* que ya mencionaría Gargarella. En este sentido, Anitua y Gaitán argumentan que si los individuos libres consienten someterse a la ley ello es exclusivamente para obtener más libertad y mayor bienestar; mientras que si, en realidad, cada vez es mayor la pauperización de ciertos sectores –que son los que pueblan las cárceles– no podremos afirmar razonablemente que aquellos también han consentido libremente someterse al imperio de la ley.

No es novedad que las cárceles están pobladas casi exclusivamente por personas provenientes de los sectores sociales más desaventajados –tal como expuse al comienzo al referirme al último informe del SNEEP–, y un análisis acabado de la situación nos llevará a afirmar que no es razonable suponer que todas esas personas consintieron libre y voluntariamente someterse a un sistema legal que no garantiza, en absoluto, sus necesidades materiales básicas y que, a la vez, aplica la ley sobre ellos no para hacer cumplir sus derechos sino para criminalizarlos.²³

²⁰ Gargarella, Roberto, ob. cit., p. 255.

²¹ Anitua, Gabriel I. y Gaitán, Mariano, “Penas Republicanas” en Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Marcial Pons, 2008, p. 309.

²² *Ibíd.*, p. 310.

²³ *Ibíd.*, p. 310.

Plantean los autores, entonces, la posibilidad de “hacer un uso contrahegemónico del derecho penal”²⁴ –de ahí el título del presente ensayo– y es justamente, en esta lógica, que intentaré mostrar casos en los que la aplicación del derecho penal se torna manifiestamente injusta en función de la situación preexistente de las personas imputadas.

Esto mismo sostiene, desde la teoría del republicanismo penal, Antony Duff al afirmar: “Podemos y deberíamos aspirar a un derecho penal democrático que sea inclusivo y no excluyente; un derecho penal apropiado para que los ciudadanos de un sistema político republicano se lo impongan a sí mismos y unos a otros”.²⁵

III. La propuesta de G. Beade

En el capítulo 5° de “Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal”²⁶, Beade se ha dedicado a realizar una reflexión acerca de los casos de usurpaciones de terrenos públicos. El planteo se ha centrado en el siguiente caso modelo: un grupo de personas, tras haberle reclamado al Estado por años –sin éxito– una vivienda digna, usurpa un terreno público abandonado y muy poco utilizado con el objetivo de construir una casa propia. Al observar esta situación, un grupo de vecinos notifica a la policía, quien, violentamente, los desaloja. Se inicia en su contra un proceso penal. No caben dudas de que, en nuestro sistema, usurpar un inmueble ajeno es, en definitiva, un delito. Los/as fiscales/as del caso deciden acusar y los/as jueces/zas condenan a las personas acusadas. Beade explica y cuestiona los argumentos que llevan a los/as jueces/zas a decidir aplicar, sin más, la normativa penal tal como se describió anteriormente y realiza una crítica que me interesa destacar en este caso. Puede afirmarse que, ante un incumplimiento del Estado tan grave como el de no asegurar el derecho a una vivienda digna, criminalizar a quien, bajo la desesperación de no tener dónde vivir, decide usurpar un terreno público abandonado, es moralmente

²⁴ *Ibíd.*, p. 318.

²⁵ Duff, Antony, *ob. cit.*, p. 29.

²⁶ Beade, Gustavo A., *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2017.

reprochable. Pero Beade da un paso más allá y sostiene que, además, es incorrecto legalmente.

Lo que es correcto legalmente, dirían estos jueces y fiscales, es aplicar el derecho sin tomar en cuenta las condiciones particulares del caso; el Código Penal es claro y, ante la comisión de un delito, la persona debe ser penalizada. En este punto, los fiscales y jueces estarían de acuerdo. Pero el autor no elige este camino para sostener que es incorrecto aplicar el derecho penal en estos casos, sino que, para él “... el problema evidente es que ellos solo creen que las normas jurídicas que pueden aplicar en casos de usurpación son las normas penales. La falta de reconocimiento de un derecho constitucional a obtener una vivienda digna se hace presente en esta decisión interpretativa...”²⁷ En otras palabras, los jueces optan por una interpretación incorrecta en tanto aplican la norma penal con desconocimiento del derecho constitucional que es jerárquicamente superior.

El problema de estos casos es, nuevamente, que el Estado tiene una obligación –moral y jurídica– de brindarles una vivienda digna a los ciudadanos. El hecho de que este grupo de personas tengan que usurpar un terreno es, entonces, responsabilidad del Estado que carece –en palabras del autor, con las que coincido– de *status* moral para efectuar este reproche. Por otro lado, sostiene el autor que estos casos “no traen aparejados ningún daño y, además, no hay ninguna víctima identificable...” sumado a que “...los derechos que pueden ser presentados como violados por la ocupación son débiles en contra de la extrema necesidad de los ocupantes”.²⁸ En definitiva, en tanto el Estado es responsable de la falta de materialización del derecho a la vivienda de sus ciudadanos/as y en tanto se trata de un derecho constitucional que está siendo vulnerado, la interpretación correcta que deberían tomar los operadores judiciales es la de optar por la no criminalización. Lo que propongo, entonces, es en verdad una mayor presencia, en estos casos, de la acusación pública, serían los/as fiscales, en tanto representantes indiscutidos del Estado en los procesos penales, quienes deberían decidir no perseguir estos casos o, si la entidad del daño no permitiese evitar la persecución, tal vez sería posible en pensar en soluciones no

²⁷ *Ibíd.*, p. 92.

²⁸ *Ibíd.*, p. 93.

punitivas –como la conciliación, recientemente incorporada al art. 59 de nuestro Código Penal– e, incluso quizás hasta derivar el asunto a la justicia contencioso-administrativa a los efectos de que ordene al Poder Ejecutivo que cumpla con su obligación de brindar una vivienda.

Me pregunto ahora, ¿cambiaría la hipótesis de Beade si no existiera un reclamo previo por parte de los habitantes del terreno? ¿Y si el terreno fuese privado? Considero que estas preguntas, que ponen a prueba la novedosa hipótesis del autor, podrían conducir a una interesante discusión. La respuesta, entiendo, será siempre la misma: elegir no criminalizar. En “¿Quién tiene la culpa y quien puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social?”²⁹, un artículo-debate entre Beade y R. Lorca, los/as autores/as deciden retomar este caso.

En esta ocasión, y para defender su postura, Beade resalta que existen dos argumentos centrales para afirmar que quien intenta inculpar a otro en casos como el expuesto no tendría el “estatus moral” para hacerlo³⁰: el primero tiene que ver con la posibilidad de que quien me inculpa haya cometido también una falta del mismo tipo que la que pretende reprocharme. El segundo, por su parte, sería que quien pretende inculpar podría ser –aunque sea en parte– responsable por la conducta reprochada en tanto parte de una misma sociedad que, en el caso, hace caso omiso a los reclamos sobre el derecho a la vivienda. Así, el autor argumenta que no sería posible culpar o condenar a alguien cuando uno mismo es responsable y, de hecho, no le ha dado alternativas al inculpado para hacer algo distinto. Esto es lo que Cohen ha llamado “argumento de la complicidad”.³¹ Este argumento se traslada al ejemplo planteado de la siguiente manera: si el Estado, deliberadamente, incumplió su obligación de satisfacer el derecho a la vivienda de los protagonistas del caso, entonces no se encuentra en la mejor posición moral para reprochar y castigar estas conductas, partiendo de la idea de que el Estado no quiso satisfacer ese derecho aunque podía

²⁹ Beade, Gustavo A. y Lorca, Rocío, “¿Quién tiene la culpa y quien puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social” en *Isonomía*, No. 47, octubre 2017, pp. 135-164.

³⁰ *Ibíd.*, p. 144.

³¹ *Ibíd.*, p. 145.

hacerlo. En síntesis, la conducta reprochada ha sido consecuencia de la inacción del Estado.

Plantea Beade, entonces: “...Cuando un cierto estado no provee soluciones para eliminar o disminuir la desigualdad y la pobreza, castigar a alguien que vive en condiciones de extrema pobreza como aquellos que deciden usurpar un parque público, supone un castigo penal injusto y un intento por mantener esas condiciones de desigualdad”³²; y que así como existen obligaciones con las que deben cumplir los miembros de la comunidad, lo mismo deberá hacer el Estado con los derechos que deba garantizar. Vemos, entonces, que si el Estado no satisface las condiciones que debe garantizarle a sus ciudadanos sería hipócrita al castigar a grupos desaventajados que viven en circunstancias de desigualdad que ha creado el mismo Estado, solo utilizando el argumento de que otros ciudadanos soportan la situación de desigualdad en la que viven. Lo que plantea Beade³³, hacia el final, es que no solo el Estado no debería criminalizar sino que, además, debiera tener la obligación de rendir cuentas por haber creado esa situación que origina conductas delictivas. He escogido el caso planteado por Beade en los textos mencionados porque creo que es sumamente útil para poner de manifiesto cuán paradójico resulta el castigo penal en ciertas ocasiones y, a la vez, para –a partir del ejemplo que brinda el autor– explicar el problema de legitimidad del Estado para perseguir delitos que parecen ser la consecuencia inmediata de la inacción de aquel y de la falta de realización efectiva de ciertos derechos constitucionales fundamentales.

IV. Propuesta

En la misma línea, me resulta interesante reflexionar en qué medida o en qué otros casos puede utilizarse el argumento que subyace a los planteos de ambos autores: la idea de que, en algunos escenarios, el Estado –en tanto principal interesado en la persecución de delitos– no podría enjuiciar y, eventualmente, castigar, a quienes hayan cometido conductas delictivas que tienen, como antecedente directo, a una si-

³² *Ibíd.*, p. 147.

³³ *Ibíd.*, p. 149.

tuación de precariedad generada –por acción u omisión– por el mismo Estado. En el caso de Beade que he traído a modo de ejemplo, el bien jurídico que se ve afectado es, en verdad, un bien público, y es a partir de ello que me interesa pensar qué sucedería cuando personas que se encuentren en la misma situación desigual lleven a cabo conductas que parecieran ser delictivas, pero en perjuicio de otro tipo de bienes o intereses jurídicos. Es esto lo que pretendo desarrollar a continuación.

Supongamos, entonces –como ha sucedido en muchos casos de la jurisprudencia contemporánea– que una persona en situación de extrema pobreza que no recibe ninguna ayuda por parte del Estado, a quien no le han garantizado una vivienda digna ni acceso al trabajo, se enfrenta con la situación de carecer absolutamente de medios para alimentar y satisfacer las demás necesidades básicas de su familia. En esas circunstancias, entonces, advierte que lo único que tiene a su alcance es ingresar a un comercio y llevarse algunos de los elementos básicos que necesita, por ejemplo, un jabón, una bolsa de pan y un cartón de leche. Dejando de lado el resto de los pormenores del caso en términos dogmáticos, creo que nadie dudaría en afirmar que, a menos a simple vista, la conducta del/de la protagonista de este caso ha desapoderado a otro –comerciante o empresa, según el caso– de varios elementos que le son totalmente ajenos configurándose, *a priori*, el delito de hurto o robo, según las circunstancias particulares.

Es a partir de esto que me pregunto, entonces, si llegamos hasta aquí tomando como válido –como es mi caso– que el Estado –en tanto titular de la acción penal pública– no podría inculpar a quien ocupa un terreno debido a que esas acciones han tenido origen en una falta previa por parte del Estado, ¿podríamos sostener lo mismo cuando la inacción estatal ha provocado que se afecte un bien jurídico privado? Creo que sí y que la respuesta para satisfacer a todas las personas involucradas sería, eventualmente, que sea el Estado quien deba reparar al tercero por los daños que se le pudieran haber causado.

Hemos diseñado un ejemplo similar con María de los Ángeles Ramallo al reseñar *Inculpación y castigo: ensayos sobre la Filosofía del Derecho Penal* de G. Beade³⁴ y deseo traerlo a análisis en esta oportuni-

³⁴ Petrone, Camila y Ramallo, María de los Ángeles, “Reseña de ‘Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal’ de Gustavo Beade”, *En*

dad: Un señor de cincuenta años, desempleado, vive en una pequeña habitación de una pensión junto con su esposa y sus dos hijos menores. Uno de ellos, luego de una fuerte tormenta, contrae neumonía. La familia asiste a un hospital público, en el que un médico les informa los medicamentos que debe tomar el niño para sanarse, pero ninguno tiene cobertura médica y, luego de varios reclamos en el hospital, siguen obteniendo la misma respuesta: “no hay suficientes medicamentos para todos, tendrán que esperar”. En un acto de desesperación, el señor entra en una farmacia y sustrae los medicamentos necesarios para curar a su hijo. Tras salir de la farmacia, el hombre es detenido por un policía y luego, enjuiciado. Tanto en el primer ejemplo planteado como en este último –ya que ambos constituirían delitos contra la propiedad– advierto que, más allá del interés privado involucrado en estos casos hay un punto común con el caso de Beade que resulta central: en todos los supuestos la intervención coercitiva o punitiva del Estado en la vida de los involucrados en los relatos podría ser la primera en la vida de los protagonistas de ambas historias: el Estado no estuvo allí para garantizar sus derechos constitucionales (vivienda/salud), ni tampoco intervino para garantizarles la posibilidad de acceder a un trabajo para procurarse, por sí mismos, vivienda, alimento, elementos de higiene o medicamentos.

Advierto, entonces, el punto en común entre los casos y me pregunto, entonces, ¿puede el Estado llegar por primera vez a la vida de una persona con el único objetivo de criminalizar? Me pregunto, además, ¿no está en la misma situación que quien se ve obligado a ocupar un terreno público porque no tiene posibilidad de acceder a una vivienda quien debe arriesgarse a ingresar a un comercio para procurarse condiciones mínimas de higiene y alimentación? Entiendo que sí y que, en todos los casos planteados, la ausencia del Estado es exactamente la misma y que, entonces, el argumento desincriminante de Beade podría ser traspolado al resto de los casos que aquí planteo. Sugiere el autor como requisitos que se trate de personas que no reciben ayuda por parte del Estado–o, agregaría al menos no la necesaria– y su situación de pobreza extrema, en términos del autor, fue provocada por decisiones de las que no participaron. Quisiera detenerme en la afirmación

del autor mencionado según la cual el Estado no podría –al menos en el caso de la usurpación de terrenos– criminalizar a quienes se encuentran en la situación que describe el autor por decisiones que no son “su culpa”. Entiendo que esta última idea hace referencia a las nociones que instauro el republicanismo penal a las que me he referido en los acápites anteriores: ¿qué sucede cuando no todos/as participamos en la toma de decisiones y luego esas decisiones son “utilizadas en nuestra contra”?

Mi respuesta sería, entonces, a partir de los postulados de Duff, la siguiente: debemos ocuparnos, en primer lugar, de garantizar la participación igualitaria de todos/as los/as ciudadanos/as en la toma de decisiones, sobre todo en aquellas que repercutirán directamente sobre la igualdad efectiva, solo de esa forma, generando una situación de igualdad real, podremos criminalizar todas las conductas que nuestra comunidad entiende que, al menos en lo formal, constituyen delitos.³⁵ Así, sostiene Beade, con cita a Duff: “Cuando un cierto Estado no provee soluciones para eliminar o disminuir la desigualdad y la pobreza, castigar a alguien que vive en condiciones de extrema pobreza como aquellos que deciden usurpar un parque público supone un castigo penal injusto”.

Mi punto es que quienes se encuentran en las circunstancias descritas, tampoco podrían ser inculcados por intentar satisfacer otras necesidades básicas, como es el caso de obtener insumos para su salud o para poder alimentarse o higienizarse a sí mismos o sus familias. El *status moral* del que carece, según el autor, el Estado para imponer un castigo en el caso de los terrenos públicos usurpados será el mismo en los casos que propongo ya que el fundamento de esta “ilegitimidad” se da en la situación previa de desigualdad, que es idéntica en ambos casos. Si queremos un castigo “inclusivo” debemos preocuparnos por incluir a los/as ciudadanos/as dentro de nuestra comunidad al momento de la toma de decisiones y no solo al momento de aplicar la ley penal de forma igualitaria.

³⁵ Beade, Gustavo A., ob. cit., p. 91.

V. Sobre las posibles respuestas desde el derecho penal

Una vez delineado el problema analizaré a continuación dos de las respuestas que el derecho penal puede brindar ante casos de conductas delictivas cuya persecución –y posterior castigo– resulte manifiestamente injusta en virtud de la existencia de derechos fundamentales insatisfechos previamente.

V. A. *Insignificancia o bagatela*

Algunos tribunales de nuestro país, a la hora de resolver en casos como los planteados en los acápites anteriores se han inclinado en ocasiones –aunque no lo suficiente, a mi modo de ver– por la aplicación del llamado “principio de insignificancia” por considerar –por ejemplo en casos de grandes cadenas de comercios o supermercados– que la afectación al bien jurídico “patrimonio” de aquellas empresas privadas era mínima. Creo que debiéramos, para comenzar a construir un derecho penal contra hegemónico, concentrarnos en estudiar estas diferentes respuestas que se brindan tanto desde la academia como desde la jurisprudencia para entender por qué no todo lo que constituye un delito, en términos formales, debiera ser castigado. La cuestión central aquí es, precisamente, la legitimidad del Estado para perseguir casos como los reseñados.³⁶ Esta alternativa resulta, a mi modo de ver, muy acertada en cuanto a su resultado final: desvincular a la persona imputada de –por ejemplo– un hurto que tiene como fundamento únicamente la falla del Estado en garantizar sus derechos fundamentales. Sin embargo –y aunque jurídicamente sea la más beneficiosa– aquella alternativa no es, en absoluto, unánime, lo que implica que muchísima gente sea juzgada, y eventualmente condenada y encarcelada por estos delitos.

Entiendo –a riesgo de parecer demasiado utópica– que, en el supuesto en que todos los tribunales se inclinaren por esta última opción, llegaría un momento –aunque sea debido a la conmoción social que

³⁶ Ver, en este sentido –y entre muchos otros– CNCCC, Sala II, “C.P.A. s/ recurso de casación”, Reg. 565/17 del 10/07/2017; TOCC 15 de la Capital Federal, “H.O.B. s/ robo en grado de tentativa”, Reg. N° 4917 del 01/03/2017.

podría generarse— en que el Estado debiera elegir entre dos alternativas: dejar de “criminalizar la pobreza” —de forma indirecta, claro— u optar por esforzarse en garantizar una situación real de igualdad material que implique que los derechos fundamentales de todos los ciudadanos se vean garantizados por igual. Claro está que sería deseable que los Estados generen una situación de igualdad material efectiva de forma previa, y que no sería necesario —ni tampoco factible— que suceda primero el cambio desde la administración de la justicia, sino que lo que intento decir es que existen razones de sobra para pensar que carece de sentido destinar recursos —humanos y materiales— a perseguir ciertos delitos —como los casos presentados previamente— que obedecen, en gran parte de los casos, a necesidades básicas insatisfechas.

Uno de los problemas que podría presentar el principio de insignificancia o la teoría sobre los delitos de bagatela sería afirmar que basta estar en situación de pobreza para afirmar que tenemos “permitido” hurtar, pero en verdad, el argumento central no está aquí sino en considerar que no se trata del delito en sí —sean hurtos, robos, usurpaciones— sino de situaciones que implican “desobedecer” la ley penal con el objetivo de garantizar las propias necesidades básicas. Es decir, lo que propongo, entonces, es hacer uso del principio constitucional de lesividad para desincriminar conductas insignificantes, pero a partir de la siguiente construcción: no es que se deba permitir cometer delitos a quienes puedan, de alguna forma, acreditar una situación de desamparo sino que, al contrario, debemos remitirnos a aquello que sí está permitido, que es ejercer nuestros derechos: a la vivienda, a la salud, etc. y es desde este punto a partir del cual podemos entender que algunas conductas resultan insignificantes sin que ello implique caer en el argumento simplista de “permitir robar a las personas en situaciones desaventajadas”, ya que el análisis consiste en analizar no solo la extensión del daño sino también las circunstancias en que se lleva a cabo una conducta antinormativa como las que mencioné. Así, siempre que una conducta encuadre, formalmente, en una figura penal pero el daño causado no sea merecedor de castigo —en función de los parámetros que señalaré a continuación— es que podremos hablar de insignificancia y es por ello que no se trata únicamente de “permisos” para personas que se encuentren en situaciones de emergencia sino de “contraer” el ámbito de aplicación del derecho penal y reservarlo solo para aquellos delitos que impliquen un daño que supere el umbral de la trivialidad.

Para esto, voy a utilizar el concepto de “insignificancia verdadera” de D. Husak³⁷, que consiste, según el autor, en aquellos casos en los que “...considerando la naturaleza de la conducta imputada y de las circunstancias concurrentes...” se puede entender que “...la conducta no causó efectivamente ni amenazó con causar el daño o lesión que pretende prevenir la norma que define el delito, o lo hizo de manera demasiado trivial como para merecer el reproche de una condena...”³⁸; circunstancia que sería, para Husak, merecedora del desistimiento de la acusación. Se trata, entonces, de conductas que han causado (o amenazado con causar) el daño o mal que la norma trataba de prevenir pero “...en una extensión demasiado trivial para tener como consecuencia una condena criminal...”³⁹ La insignificancia, entonces –respecto de la cual sería necesario realizar más precisiones que las que haré en este trabajo– es una *justificación* para el daño que alguien ha causado pero, tal como señala Husak, no es exclusiva para aquellos casos que tengan que ver con la satisfacción de necesidades económicas preexistentes sino que podría aplicar a cualquier tipo de delito.

V. B. Estado de necesidad

En términos estrictamente jurídicos, otro instituto que resulta relevante en lo que respecta a este planteo es el del estado de necesidad justificante. Stratenwerth –limitándose exclusivamente a sus implicancias en la teoría del delito– lo define como el caso en que “...a fin de preservar un interés de valor superior, fue necesario lesionar bienes que no eran de carácter material, ni pertenecían a un agresor, hubo de resultar ineludible rellenar las lagunas restantes...”⁴⁰ y señala que se trata de bienes en conflicto y que, en esos casos, la solución del conflicto se determina ante todo en razón del principio del interés preponderante,

³⁷ Husak, Douglas, “La insignificancia como eximente de la responsabilidad penal” en Duff, Antony, Green, Stuart P. (Eds.), *Fundamentos filosóficos del derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 370.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ *Ibíd.*, p. 371.

⁴⁰ Stratenwerth, Gunter, *Derecho Penal Parte General I. El hecho punible*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 4ª Edición, 2008 p. 247.

para lo que “...resulta determinante el *rango* de los bienes jurídicos en colisión...”⁴¹

De esta manera, si entendemos que tanto en el caso propuesto por Beade como los que he intentado presentar existe una colisión de bienes: entre los intereses del estado y los derechos fundamentales de los ciudadanos o incluso entre la propiedad privada del dueño del comercio del primer ejemplo que propuse y el derecho a la salud y a la vida de quien hurta y su familia, podríamos resolverlos entendiendo que quienes ocupan un terreno del estado, hurtan elementos básicos de subsistencia, etc., están actuando amparados por el estado de necesidad, ya que en todos los casos al ponderar bienes afirmaríamos – como postula Cigüela Sola⁴², a diferencia de Beade– que los derechos al trabajo, vida, salud, vivienda, etc. de los implicados tiene *mayor rango* que el derecho a la propiedad de una empresa privada o los intereses del Estado respecto de sus propiedades.

Este sería un buen argumento para entender justificadas estas conductas desde el derecho penal, sobre todo para quienes rechazan a la teoría de la insignificancia o postulan que solo puede ser utilizada en los casos en que la afectación al bien jurídico deba ser necesariamente nimia en virtud de, únicamente, el “valor” del bien en cuestión, sin reparar en la situación de quien comete presuntamente el delito. Creo que sería deseable que el derecho penal se preocupase aún más por estas situaciones y, al menos, intentar una solución como la que aquí propongo en casos como los señalados anteriormente.⁴³

De todas formas es necesario aclarar que, tal como postula Beade en el caso traído a examen, la solución a estos casos no es –o no debe ser necesariamente– penal, ya que existe normativa constitucional cuya aplicación debemos analizar de manera previa a aplicar el derecho de *ultima ratio*. La solución penal será –a mi criterio– siempre subsidiaria, ya que lo deseable y lo que creo normativamente correcto es

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Cigüela Sola, Javier, “El ciudadano y el excluido frente al derecho penal”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N.º. 2, 2017.

⁴³ Me remitiré, en este punto, al siguiente trabajo que seguramente sea un disparador para futuros escritos: Cigüela Sosa, Javier, *Crimen y castigo del excluido penal. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

intentar resolverlo desde el derecho constitucional y/o administrativo, tomando como eje fundamental, en el caso planteado, el derecho a la vivienda y la obligatoriedad de su realización efectiva.

En este punto es relevante traer a consideración las reflexiones de Cigüela Sosa, que se pregunta qué sucede cuando el Estado no ha garantizado el bienestar de una persona o ha contribuido activamente a su exclusión y la legitimidad que, en tal contexto, tendría aquel Estado para imponer un castigo⁴⁴ y señala que únicamente faltará legitimidad “...cuando la exclusión que les afecta está conectada de algún modo a una injusticia social producida, perpetuada o tolerada por el propio estado...” y siempre que se trata de una situación duradera.⁴⁵ Para él, en estos casos, no es la obligatoriedad de la norma lo que está en discusión ya que todas las personas –aún las socialmente excluidas– estamos sometidas a ellas, pero sí podemos tener en cuenta esta situación de desigualdad a la hora de individualizar la pena aunque esto no será, en forma alguna, suficiente porque se trata de sujetos que no han gozado de la misma protección que el resto y porque estaríamos intentando tratar cuantitativamente diferencias que son cualitativas.⁴⁶ Creo que los postulados del autor en este punto son sumamente interesantes y coincido en que no basta con imponer una pena menor ya que el castigo será, en muchos casos puntuales, ilegítimo.

Por otro lado, el autor postula que la legitimidad del Estado no se ve cuestionada en delitos graves y, entonces, afirma que la posibilidad de un Estado de castigar a un sujeto por una conducta que está íntimamente vinculada por una situación de exclusión creada –o, agregaría, permitida– por aquel dependerá de cada caso concreto, analizando el nivel de injusticia que padece el sujeto en cuestión y la gravedad del delito, cuanto mayor sea la primera y menor la segunda, más posibilidades habrá de deslegitimar la pena; y señala que, en los casos en que la pena no pueda deslegitimarse del todo, deberá existir un compromiso del Estado por la inclusión futura del agente.⁴⁷

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 169.

⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 213-214.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 271.

Esta lógica es lo que el autor ha llamado “dogmática de la exclusión” y si bien es absolutamente interesante y nos abre las puertas para este tipo de discusiones sumamente enriquecedoras lo cierto es que no podemos resolver todos los casos –o al menos los planteados al principio de este apartado– a partir de estas consideraciones. En este punto coincido con G. Beade quien, al reseñar la obra de Cigüela Sola explicó: “...no podemos aceptar que un Estado que no estuvo presente nunca en la vida de determinadas personas aparezca por primera vez para aplicar un castigo”, si aceptamos esta última cuestión pero igualmente pensamos que lo que debemos hacer es intentar morigerar la pena desde la dogmática de la exclusión, sostiene, parecería que la responsabilidad que le cabe al Estado no es tan importante aunque el mismo Cigüela Sola reconozca que sí lo es.⁴⁸

Es por ello que debemos seguir pensando e intentando delinear soluciones acerca de qué es lo que deben hacer los Estados en estos casos, teniendo siempre como norte la noción de que la solución no necesariamente debe ser siempre penal y que, de hecho, sería deseable que no lo fuera. La riqueza del planteo de Cigüela es el intento por construir una teoría o, como él la llama, una “dogmática” de la exclusión que nos permita delinear un límite entre las conductas que podremos vincular con incumplimientos previos del Estado y aquellas que no, y entre las penas cuya aplicación sería ilegítima y aquellas que podrían ser toleradas en un Estado de derecho. Se trata, entonces, de renunciar al argumento simplista según el cual “no es posible/deseable/legítimo criminalizar a quienes se encuentran en una situación de desigualdad estructural” e intentar definir a qué tipo de desigualdad nos referimos, cuándo el accionar del Estado se torna ilegítimo y qué sucede con el cumplimiento y vigencia de las normas que debemos garantizar en una sociedad democrática.

⁴⁸ Beade, Gustavo A, “Recensión a Cigüela Sosa, J., Crimen y castigo del excluido penal. Sobre la ilegitimidad política de la pena, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019” en *Revista In Dret Penal*, N° 4, 2020.

VI. Conclusiones

Luego de analizar los problemas que conlleva la criminalización de aquellos delitos que, tal como he intentado demostrar, tienen su origen en la desigualdad preexistente que caracteriza a nuestra sociedad, cristalizada en la inexistencia de una igualdad real que garantice condiciones básicas de subsistencia para todos los ciudadanos, queda ver, entonces, cómo derivamos de todo ello una justificación del castigo en términos penales.

Ha sido mi intención que, a partir del análisis realizado, podamos advertir que, sin más, el castigo no se justifica en estos casos y encuentro que la explicación –al menos desde una óptica orientada a reducir al máximo posible la esfera de actuación del derecho penal– es bastante simple: el derecho penal es –o debiera ser– aquello que limita la facultad punitiva, el *ius puniendi*, del Estado en tanto titular de la acción penal e interesado en la persecución de delitos.

De esta manera, entonces, si es el mismo Estado el que tiene la potestad de castigarnos cuando nos excedemos de los límites a nuestro accionar libre que se encuentran en las leyes penales, aquel debiera asegurarnos, previamente y por mandato constitucional, ciertas condiciones de igualdad que nos permitan actuar libremente dentro del margen de la ley. Entiendo, de esta manera, que cuando esas condiciones no se ven, en absoluto, garantizadas por el Estado aquel no podrá razonablemente pretender que respondamos al modo en que según la ley penal debiéramos actuar cuando nos resulte imposible respetar las normas y, a la vez, procurarnos la satisfacción de ciertos derechos fundamentales por nuestros propios medios.

Si quisiéramos simplificar demasiado el asunto podríamos decirlo de la siguiente manera: el incumplimiento sistemático del Estado para con la realización efectiva de ciertos derechos –que surgen de nuestra Constitución y tratados internacionales– respecto de ciertos sectores que, precisamente por ese motivo, son los que se encuentran en situación de mayor desventaja, debiera habilitarnos, en ciertos casos, a transgredir las reglas con el único propósito de garantizar nuestra subsistencia. O, quizás, en lugar de “habilitar”, debiéramos decir “tolerar” aquellas transgresiones partiendo de la base de que es el Estado el que incumplió primero.

Si decidiéramos ignorar todo esto y entender que, en los casos planteados, aquellos que han sido sistemática e históricamente excluidos por el derecho, para entenderse incluidos dentro de nuestra sociedad –tal como plantea R. Lorca en el artículo en diálogo con G. Beade– deben, a toda costa,

obedecerlo, debiéramos preguntarnos si el castigo tiene algún sentido más allá de intentar reafirmar esta pertenencia –ficticia– a nuestra comunidad.

Creo, y espero haber demostrado en este trabajo, que en esos casos el castigo no es deseable, ya que acarrea siempre consecuencias negativas: estigmatiza, empobrece, refuerza las desigualdades preexistentes y vuelve a excluir a quienes ya habían sido marginados, a la vez que reafirma para ellos la idea de que el Estado solo se hará presente cuando violen las normas y no cuando sus derechos humanos fundamentales se vean insatisfechos. Por todo ello es que reafirmo que el castigo debe ser posible solo en aquellos casos en que verdaderamente el Estado colocó a quien delinque en una situación que le permita –con sus derechos fundamentales satisfechos– escoger otro camino. Esta es, según entiendo, una posibilidad de realizar un “uso contrahegemónico” del derecho penal en los términos que plantean Anitua y Gaitán en el artículo citado: el estado debe soportar las acciones delictivas que son consecuencia de sus fallas.

En este punto, no puedo dejar de lado que definir qué personas se encuentran en situación de desamparo o qué significa carecer de medios para satisfacer las necesidades básicas propias y de las personas que cada persona tenga a su cuidado es una tarea difícil y que quedará, en el caso que propongo y en cualquier otro, librada al arbitrio judicial. Es –o debiera ser– tarea de los/as jueces/zas y de los/as fiscales, en cada caso, no limitarse a la exclusiva aplicación casi automática de las normas penales sino, antes, analizar cada caso en profundidad y verificar si efectivamente la aplicación de un castigo resulta la solución más justa, adecuada y legítima.

El presente ensayo ha sido, entonces, el comienzo de lo que espero en un futuro sea un estudio más acabado acerca de la legitimidad estatal para castigar en casos de desigualdad preexistente, con el objetivo de generar una teoría inclusiva o contrahegemónica del castigo. Lo que he buscado con este artículo y pretendo seguir estudiando es, en términos de Duff, cómo aspirar a “...un derecho penal democrático que sea inclusivo y no excluyente; un derecho penal apropiado para que los ciudadanos de un sistema político republicano se lo impongan a sí mismos y unos a otros...”⁴⁹

⁴⁹ Duff, Antony, ob. cit., p. 30.

Los autores y las autoras

Gustavo A. Beade

Profesor Auxiliar a tiempo completo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires).

Ramiro Fihman

Abogado (UBA) y maestrando en Derecho (UP). Docente de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal.

Agatha Ciancaglini Troller

Abogada (UBA), docente de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Especialización en Políticas Públicas y Justicia de Género (CLACSO).

Antony Duff

Profesor Emérito de la Universidad de Stirling (Escocia)

Sandra Marshall

Profesora Emérita de la Universidad de Stirling (Escocia).

Philip Pettit

Profesor Emérito de la Escuela de Investigación en Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Australia y Profesor en la Universidad de Princeton (EE. UU.).

Delfina Beguerie

Delfina Beguerie es LLM y candidata a JSD por la Universidad de Yale, y abogada por la UCA. Fue becaria Fulbright.

Marcelo Giullitti

Abogado del área Fortalecimiento de las Instituciones Democráticas de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, candidato a Magister en Ciencias Políticas y Sociología (FLACSO), docente de Principios de Derechos Humanos y Derecho Constitucional del CBC-UBA, y de Elementos de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho-UBA.

Mariana Kohan

Abogada con orientación en Derecho Internacional Público (UBA), Especialista en Derecho Penal (UTDT), Defensora Pública Coadyuvante de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, Capacitadora Ley Micaela para el Ministerio Público de la Defensa, Vocal de la Comisión Directiva de la Asociación de Abogadxs Judixs de la República Argentina.

Camila Petrone

Abogada (UBA), docente (UBA-UAI- UNPAZ) y maestranda en derecho penal (UBA). Funcionaria de la justicia penal federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Integrante del proyecto de Investigación UBACyT “La filosofía política del republicanismo y el derecho penal” dirigido por Gustavo Beade.

Secretaría de Investigación
Departamento de Publicaciones

