

**GARGARELLA, R. (2006) CASTIGAR AL PRÓJIMO. BUENOS AIRES: SIGLO XXI**

Gustavo A. Beade\*

*Profesor, Universidad de Buenos Aires*

Roberto Gargarella es uno de los teóricos más reconocidos en Latinoamérica por sus trabajos sobre teoría constitucional y filosofía política, sin embargo, el libro que quiero presentar aquí no incluye cuestiones vinculadas a su área de trabajo más desarrollada sino problemas relacionados al castigo y la responsabilidad penal. Gargarella hace un tiempo que viene abriendo un camino distinto para quienes se interesan por esos temas tan desatendidos como importantes. Este es el segundo trabajo que publica sobre estos temas en poco tiempo. Sin duda, este es el mejor libro de derecho penal que se publicó en nuestra lengua el año pasado. Tengo varias razones para defender mi (temeraria) afirmación. Primero, quiero decir algo sobre la estructura del libro, luego intento presentar algunos puntos interesantes del texto.

El libro está compuesto por tres partes y dividido en un total de diez capítulos que fueron publicados previamente en distintas revistas y libros. La parte I (*Contra un pensamiento penal antidemocrático*) contiene cuatro capítulos, tres de ellos se dedican a reconstruir las teorías de dos de los penalistas cuyas ideas tienen más impacto en nuestra región: E. Raúl Zaffaroni y Luigi Ferrajoli. Además, tiene un comentario crítico hacia la decisión que tomó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso “Gelman”. La parte II (*Democracia sin castigo, reproche sin encierro*) cuenta con dos trabajos en los que Gargarella presenta un vínculo posible entre la teoría de la democracia y la teoría del castigo de Carlos Nino

---

\* Quiero agradecer por los comentarios y las sugerencias a Ezequiel Barnade, Ramiro Fihman y Camila Petrone

y otro en el que nos presenta una agenda de trabajo posible que podría continuar algunos proyectos iniciados por el propio Nino. En los restantes capítulos, Gargarella presenta y cuestiona los vínculos entre castigo y democracia que construye el filósofo Antony Duff y nos da algunas buenas y nuevas ideas para pensar la protesta social. En la parte III (*La ley penal en el banquillo: discusiones y propuestas*) reproduce una gran parte de sus intervenciones en la discusión pública a través de columnas en periódicos y breves notas críticas. En lo que sigue me concentro en algunos puntos que me interesaría destacar del libro.

### **1. Democracia, elitismo y carencias filosóficas**

Gargarella nos acerca a los problemas penales y nos sumerge en discusiones profundas con un nivel de sutileza asombroso. El lector no advierte lo complejo de las cuestiones que los textos nos presentan hasta llegar al final de cada capítulo. Esto, sin embargo, no es casualidad. El lenguaje que utiliza y su gran claridad le permiten llegar a muchos más lectores que el penalista promedio. En gran medida, este es el primer punto para sostener lo que afirma durante todo el libro: el derecho penal es un asunto que nos importa a todos y todos deberíamos intervenir en sus debates.

El libro nos muestra que acercarnos a reflexionar sobre el castigo y la función del derecho penal no sólo depende de nuestro interés sino del modo en el que nos invitan a participar de esos debates. Las palabras que usa y los ejemplos que presenta colaboran para que muchos más terminemos involucrados en las discusiones que propone. El trabajo nos obliga, todo el tiempo, a reflexionar sobre las posiciones que defendemos, a veces, sin demasiadas buenas razones. Gargarella nos recuerda permanentemente que no debemos olvidar que el *equilibrio reflexivo* que nos propuso John Rawls debe ser llevado a cabo, con más profundidad en los asuntos que involucran el uso de la fuerza y el castigo penal. Es decir que es posible encontrar casos concretos que nos obliguen a revisar nuestros juicios morales sobre el uso del castigo. El equilibrio reflexivo nos permitirá esta constante revisión y ajuste. Pero además, Gargarella nos muestra las (nocivas) consecuencias de abandonar la típica propuesta *rawlsiana*. Quizá, la

más preocupante es abrazar posiciones extremas, que limitan nuestras razones para defender cualquier tipo de derecho penal, incluso uno sostenido en el liberalismo político. Es decir, no llegamos a buenos resultados si defendemos ciertos ideales en general muchos de ellos loables (e.g. limitar el uso del derecho penal) si luego los transformamos en dogmas que carecen de fundamentación. Es importante pensar la manera de reducir la violencia en el uso estatal del castigo y es destacable que existan muchos teóricos que pretendan cuestionar la función del castigo y la utilidad del encierro. Sin embargo, todas esas afirmaciones necesitan ser fundamentadas con rigurosidad. Así, Gargarella nos muestra en su libro que aquellos tempranos críticos de la dogmática penal más tradicional (asociada a la dogmática penal alemana) se terminan pareciendo mucho a aquellos penalistas a los que critican desde hace tantos años. Creo que este es uno de los grandes méritos del libro: criticar e incomodar (y por lo tanto, exigirle razones y justificación a ciertas afirmaciones) a las posiciones más progresistas del derecho penal latinoamericano.

Esta forma de presentar ideas complejas nos aleja de los ideales elitistas que se presentan en muchos teóricos del derecho penal. Estos teóricos, algunos con los que discute Gargarella en su libro, intentan mostrarnos que sólo es posible que unos pocos pensadores ilustrados discutan y piensen sobre estos problemas. Ellos son los que están formados para hacerlo y pueden orientar a las comunidades hacia la dirección correcta. Sin embargo, este punto de partida tiene el siguiente problema: para ir en la dirección correcta, necesitamos tener algún tipo de acuerdo sobre cuál es esa dirección. Esto depende, además, de acordar cuáles son nuestras intuiciones de justicia en muchos aspectos que involucran el uso de la coerción y del castigo. Sin embargo, estos teóricos penales creen que eso no es relevante para sus propuestas legales. Ese es el gran problema que encuentro en algunos de los trabajos que Gargarella analiza en su libro. Las teorías de E. Raúl Zaffaroni y Luigi Ferrajoli se construyen sobre estas bases parecen bastante menos persuasivas luego de la crítica lectura que Gargarella hace de ellas (capítulos 1, 2 y 3).

El punto central para mostrar sus debilidades, nuevamente, es que carecen de fundamentos filosóficos sólidos. Este déficit, además, los muestra a Zaffaroni y a Ferrajoli como teóricos temerosos de la participación ciudadana, desconfiados de la democracia e impulsores de un tipo de elitismo penal que Gargarella describe, con mucha precisión, durante varios pasajes del libro. Este elitismo que critica Gargarella es aquél que se apoya en los criterios de teóricos o expertos que van a guiar los caminos de la comunidad en los temas vinculados al derecho penal (e.g. la creación, interpretación y aplicación de las leyes penales). Son estos “expertos” los que nos van a indicar el camino para poder tener sistemas penales racionales y respetuosos de los derechos humanos. Pero para defender este argumento, estos teóricos tendrían que dar razones para justificar la exclusión de la participación ciudadana en los temas penales. Gargarella identifica esta falta de argumentación y el dudoso apoyo en afirmaciones -no comprobadas empíricamente- sobre las dificultades que tienen las comunidades para deliberar y decidir cuestiones penales. Según Gargarella, tomarse en serio la democracia implica favorecer la participación más amplia posible, pero también aceptar los resultados que surjan pese a que no sean aquellos que deseamos. Pero dejemos esto de lado porque el problema se presenta aún si aceptamos el “elitismo penal” de Zaffaroni y Ferrajoli. Me explico.

Al parecer, Zaffaroni y Ferrajoli no sólo nos piden que desconfiemos de las mayorías democráticas y que confiemos en los “expertos” (¿ellos mismos?) sino que, además, si accedemos a esto último la respuesta que tienen para ofrecernos es muy insatisfactoria. Zaffaroni se ve, decididamente, como un juez, y en el desempeño de ese rol se piensa a sí mismo como un miembro de la Cruz Roja. En ese rol afirma que él no puede detener la guerra (o el derecho penal) pero que puede ayudar a contener formas violentas y crueles de agresiones, a curar heridas, proteger prisioneros e inocentes. Es curioso que tanto Zaffaroni como Ferrajoli crean que los jueces tienen un poder tan acotado. En el caso de Zaffaroni esta creencia se apoya en el agnosticismo sobre la pena, *i.e.* el hecho de que sea imposible eliminar el castigo y que por lo tanto sólo se pueda reducir su agresividad y limitar –en todo lo que se pueda- el poder punitivo del Estado. Según Ferrajoli, los jueces deberían comprometerse con el minimalismo penal, *i.e.* la aplicación moderada de

castigos y el intento de impedir la mayor reacción (salvaje, arbitraria, violenta) que podría provenir de parte de la comunidad (e.g. venganza o justicia por mano propia). Sin embargo, yo tendría la intuición contraria sobre el rol que podría caberle a los jueces en una comunidad democrática.

En muchos casos, que no involucran el uso del derecho penal pero que se relacionan con el acceso a la justicia y el reconocimiento de un derecho (típicamente derechos sociales, pero también derechos civiles de minorías), la actividad de los jueces es fundamental para proteger a diferentes grupos desaventajados. Si bien, existen discusiones al respecto, la actividad de los jueces en esos conflictos es decisiva ¿Por qué debería ser diferente en las cuestiones penales? Gargarella no retoma las discusiones que se han dado en el derecho constitucional sobre los problemas para acceder a derechos sociales, pero muestra dos caminos posibles para pensar el tema y lo explora en distintos pasajes del libro. Por un lado, en esta parte del libro (pero sobre todo en la parte III) Gargarella, como en trabajos anteriores, vuelve a reflexionar sobre los problemas vinculados a la protesta social y nos da nuevos argumentos para pensar la intervención de los jueces en el acceso a derechos fundamentales reclamados, casi siempre, por grupos desaventajados. Por otra parte, ingresa, brevemente, a cuestionar la legitimidad del Estado para castigar en comunidades marcadas por la desigualdad. Según Gargarella las comunidades que no trabajan para combatir la desigualdad, sino que, por el contrario, la favorecen, no tienen luego el *estatus moral* para castigar a quienes cometen, en esos contextos, ciertos delitos (e.g. cortes de ruta, usurpaciones de terrenos públicos).

Además de cuestionar la propuesta elitista de los teóricos penales, Gargarella cuestiona el rol que se adjudican los tribunales internacionales en las decisiones de política criminal que deben seguir los Estados. En este punto, critica, duramente, la decisión de la Corte IDH en el caso “Gelman c. Uruguay” (en el capítulo 4). El caso es muy atractivo porque Uruguay decidió, en dos oportunidades distintas y en dos momentos históricos diferentes, a través de dos consultas directas con la ciudadanía, la ratificación de una ley de amnistía que impedía llevar a juicio a quienes hubieran cometido violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura

militar. Sin embargo, para la Corte IDH esto es irrelevante. Los Estados tienen la obligación internacional de investigar y castigar las violaciones a los derechos humanos. El punto que propone Gargarella es discutir cuál es la importancia que vamos a otorgarle a la democracia en nuestras comunidades y si ese lugar va a estar condicionado por las decisiones que de allí surjan. Contra la decisión democrática, las razones que se ofrecen para obedecer una decisión de un tribunal internacional se basan en la legitimidad de la institución y también en la obligatoriedad de los compromisos previos asumidos por el Estado. En este caso concreto, la decisión que surge de la consulta democrática no es aquella que querríamos favorecer ni impulsar de ningún modo. Sin embargo, la importancia que le otorguemos a la democracia está en poder aceptar o no (y con qué fundamentos) la decisión del pueblo.

## **2. Las exigencias democráticas y las lecturas de Nino y Duff**

Como vemos es la democracia el punto central que atraviesa el libro y que encuentra una fuerte fundamentación en las bases teóricas de la democracia deliberativa. Es por eso que los capítulos dedicados al trabajo de Carlos Nino (capítulos 5 y 6) tienen características particulares.

Gargarella ha sido uno de los primeros defensores de la teoría de la democracia deliberativa que propone Nino (aunque con ciertos matices). En el primero de los dos textos, Gargarella nos ofrece cuatro posibilidades para continuar el trabajo inconcluso de Nino. Para proyectar las ideas de Nino, Gargarella nos sugiere distintos caminos atravesados por la idea de la deliberación democrática que Nino presentara durante su último tramo de vida. Presentar las ideas vinculadas al castigo y la responsabilidad penal que escribiera Nino, al comienzo de su vida académica, tiene el valor de rescatar un autor injustamente olvidado por aquellos interesados en el derecho penal. Además, Gargarella hace dialogar esas primeras aproximaciones de Nino con sus últimos trabajos de un modo muy original. Es decir, Gargarella nos propone pensar el derecho penal con una base teórica como la que nos proporciona el trabajo filosófico de Nino y de este modo, nos abre una serie de posibilidades muy interesantes para todo aquel interesado en los temas

vinculados al castigo y la responsabilidad penal. Esto incluye pensar sobre el problema del populismo penal y el elitismo en la creación de las leyes (que presentara en los capítulos previos), también reflexiones sobre la autoridad para castigar en comunidades marcadas por la desigualdad (de nuevo el problema del *estatus moral*) y por último nos ofrece interesarnos sobre los alcances del reproche estatal y la protección especial que requiere el derecho a protestar.

Pensar el derecho sobre una base de teoría política y democrática parece no ser todo lo que Gargarella pretende cuando piensa sobre el castigo penal. En su trabajo crítico hacia la obra de Antony Duff (capítulo 7), Gargarella cuestiona el lugar que la teoría de Duff le otorga al rol que debe representar el pueblo. Gargarella reconoce en Duff el mejor intento por articular las cuestiones básicas del derecho penal y la teoría democrática. Sin embargo, algunos de los puntos en los que se apoya su propuesta le parecen cuestionables. Brevemente, según Duff, la participación del pueblo para la creación, interpretación y aplicación del derecho es central para que los ciudadanos sean considerados como parte de la comunidad política y una precondition para la responsabilidad penal. La voz de la ley debe ser una que los ciudadanos reconozcan como propia. Para eso, es necesaria su participación en la deliberación y en la decisión que involucra la criminalización de las conductas que serán castigadas. De este modo, las decisiones de la comunidad se verán reflejadas en sus principios y reglas legales. Sin embargo, a juicio de Gargarella el problema se presenta porque las ideas de Duff se construyen sobre la base de una comunidad liberal.

Según Gargarella, en Duff conviven un alma liberal y un alma democrática que entran en tensión en determinadas ocasiones, en parte, por esta visión comunitarista poco ortodoxa. La idea de comunidad y su importancia en la tesis de Duff despiertan dudas en Gargarella. Según la tesis de Duff, es la comunidad la que va a decidir que será parte del derecho penal y que no. Además, reconocerá el fundamento de su decisión en que los valores compartidos dentro de la comunidad nos dan razones para criminalizar ciertas conductas que son males públicos y que afectan a toda la comunidad. Para Gargarella esto es dudoso. Se pregunta quienes son los que van a

determinar qué valores ocupan un rol central dentro de la comunidad y le preocupa que la respuesta a la violación de esos valores deba ser mediante el castigo. Dentro de estas inquietudes, Gargarella incluye al rol que desempeñan los jueces en este contexto presentado por Duff.

Según su interpretación, los jueces deliberan aislados de los valores de la comunidad y también deben precisar y determinar el significado de esos valores. Creo que esta apreciación es equivocada y que la respuesta se encuentra en el rol que le otorguemos a la comunidad política. Es probable que este capítulo sea el que me resulte menos persuasivo de todo el libro. Los mismos argumentos que tienen una gran fuerza en la crítica a Zaffaroni y Ferrajoli pierden potencia cuando intenta atacarlo a Duff. Si bien, los puntos que destaca Gargarella son recurrentes en las críticas a Duff, hubiera esperado algunas objeciones más concretas. Es decir, Gargarella podría haber concentrado sus críticas en la limitación que la teoría comunicativa del castigo que defiende Duff o el modo en el que se construye el diálogo en un juicio entre perpetrador y víctima puede entenderse como un diálogo en un sentido amplio y en el que todas las voces tienen el mismo peso o incluso en el lugar en el que quedan las víctimas. El camino que elige tiene respuestas bastante menos complejas.

Si pensamos a la comunidad como un grupo de personas vinculados por intereses comunes y objetivos similares, es posible admitir que las respuestas a sus planteos se encuentran allí mismo: es la comunidad la que va a poder elegir los jueces que mejor representen sus propios intereses en la interpretación y aplicación de la ley y también será la misma comunidad la que decidirá que conductas deben ser parte del derecho penal. Existe un núcleo básico que es identificado en la mayoría de las comunidades que conocemos como el homicidio, el robo y la violación, por ejemplo, que constituyen aquello que los filósofos del castigo identifican como *mala in se*, *i.e.* delitos que son malos en sí mismos independientemente de su regulación legal. Por otra parte, existen aquellos delitos *mala prohibita* que sólo serán delitos luego de que una comunidad decida criminalizar determinadas conductas. Las decisiones que se tomen dentro de una comunidad determinarán las conductas que serán parte del derecho penal y que no. Es



posible que existan delitos que nos parezcan cuestionables y acciones que deberían ser legalmente sancionadas. Esos desacuerdos son posibles. El resultado de esta decisión podrá ser cuestionable, pero, en todo caso, sólo no obliga a comprometernos con los valores que defendemos e intentar modificar y persuadir a quienes creemos que se equivocan.

### **3. ¿Un tibio abrazo al abolicionismo?**

Tengo un último y breve comentario final. Gargarella presenta sus puntos de vista con mucha claridad durante todo el libro. Sin embargo, hay un aspecto puntual que se esconde permanentemente durante todo el trabajo: su simpatía por el abolicionismo. Gargarella abraza un tipo de abolicionismo, pero con cierta distancia, como si el abrazo fuera tibio, distante, como el que se dan dos desconocidos. En algunos pasajes del libro, la simpatía por el abolicionismo crece bastante. Hay exigencias para responder de un modo que evite el dolor hacia quien sufre el castigo y referencias repetidas a teóricos abolicionistas como Nils Christie. Sin embargo, en la crítica a Zaffaroni la simpatía por el abolicionismo no aparece. En su presentación de la obra de Duff, Gargarella vuelve a desorientarme. Todo el tiempo tengo la impresión de que querría derivar de algunos de los puntos de partida de Duff (e.g. la deliberación democrática dentro de la comunidad) la posibilidad de arribar a un diseño abolicionista del derecho penal. Creo que esta posibilidad es implausible. No puedo desarrollar esto aquí con más detalle, pero la teoría comunicativa que defiende Duff se construye con la idea de castigar a otro bastante clara.

Si pudiera exigirle algo más algo libro y a Gargarella en particular, sería poder estrechar más ese abrazo con el abolicionismo. Sería interesante pensar sobre los vínculos entre la democracia deliberativa y la posibilidad de alcanzar distintos grados de abolicionismo. Seguramente habrá más trabajos para pensar estos temas en no mucho tiempo. Mientras tanto, aún sin reconocerse como abolicionista, Gargarella nos da bastantes herramientas para que nosotros mismos tengamos en claro por qué (no) hay que castigar al prójimo.