

BEADE, G. (2017) INculpACIÓN Y CASTIGO: ENSAYOS SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL. BUENOS AIRES: UNIVERSIDAD DE PALERMO.

Ramiro Manuel Fihman
Estudiante, Universidad de Buenos Aires, Argentina

El libro *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal* es una obra reciente de Gustavo Beade, que recopila artículos de su autoría re-editados¹. Estos ensayos buscan reflexionar acerca de distintos temas -por supuesto, interrelacionados- relativos a las principales discusiones sobre el rol que cumple el derecho penal y las principales complejidades que éste presenta.

Esta reseña pretende explicar los distintos capítulos de la obra, analizando los argumentos presentados. El objetivo, en ese orden de ideas, es continuar las discusiones presentadas, dado que revisten un especial interés para el mundo jurídico. Me permitiré, quizás, esbozar algunas críticas.

Antes de comenzar a adentrarme en el contenido del libro, quisiera destacar una frase del prólogo, escrito por Jaime Malamud Goti, que reza “Me entusiasma el esfuerzo de mi amigo, el autor de este libro, y cuya lectura recomiendo a quienes se interesen por las cuestiones vinculadas a la cultura y al lugar que ocupa el castigo en su propia entraña.” Creo que esa segunda expresión, la de *el lugar que ocupa el castigo en su propia entraña*, manifiesta de forma inmejorable lo que constantemente Beade se interesa por hacer. Tuve la oportunidad de ser alumno suyo en la Facultad de Derecho de la UBA, y creo que esa es la mayor virtud de sus trabajos y su labor como docente: intentar comprender con honestidad -y hacernos repensar a nosotros- qué lugar ocupa el castigo en nuestras entrañas, y qué deberíamos hacer al respecto.

¹ Quisiera agradecer a Andrea Schuster y Francisco Rodríguez Abinal por sus comentarios, críticas y sugerencias. Los errores son sólo míos.

Las razones del castigo retributivo. Retribución y comunicación

En el primer capítulo del libro, Beade trae a debate un punto neurálgico de la filosofía del derecho: cuáles son las razones para castigar penalmente. Para ello, emplea uno de los temas más sensibles de nuestra historia, que son las graves violaciones de derechos humanos cometidas en la Argentina durante los gobiernos militares.

El disparador del artículo es una *discusión* con Claudia Hilb, quien critica los juicios penales a los perpetradores de la última dictadura con el argumento de que éstos nos privan de la posibilidad de conocer la verdad acerca de lo ocurrido (22). Plantea, así, una disyuntiva entre “verdad” y “justicia”, que en algún punto se traduce en la dicotomía entre comisiones de la verdad y juicios penales, respectivamente. Sostiene que la amenaza de un castigo impide que los acusados nos brinden la información que queremos obtener. Beade, en sentido contrario, pretende refutar la idea de que la mejor alternativa son las comisiones de la verdad, y que los procesos penales son necesarios para la reconstrucción de la comunidad.

Uno de sus argumentos es que la teoría de Hilb acerca de la averiguación de la verdad ha sido automáticamente rechazada por nuestra propia historia. Beade afirma que en el período 1987-2005 los perpetradores tuvieron la oportunidad de hablar ante una ausencia total de amenaza penal, y no lo hicieron (23). Por otra parte, el autor utiliza el argumento de que hay otros factores que explicarían la ausencia de declaraciones que brinden datos relevantes para conseguir verdad, y usa el ejemplo de las particularidades que se destacan en la vida de los militares: el miedo al ostracismo y el cuestionamiento por parte de sus pares.

En este punto, quizás el autor descuida el análisis del contexto. Afirmar que simplemente se “eliminó” la amenaza de un castigo supondría reducir la historia de esos años a simples normas jurídicas que, con seguridad, son trascendidas por procesos sociales y políticos más complejos. En otras palabras, quizás la ausencia de amenaza de castigo no era clara o convincente (de hecho, si se analizan los sucesos posteriores, finalmente en muchos casos se avanzó con los procesos penales). De todas formas, creo que Beade, con

su segundo argumento -relativo al posible miedo al ostracismo por parte de los militares- no logra evitar entrar en una discusión reduccionista propuesta por Hilb, que se asienta en la dualidad “verdad-justicia” traducida como “comisiones de la verdad-juicio penales”, y que requiere de muchas más precisiones que un debate sobre la esfera emocional de un perpetrador.

Más adelante el autor desarrolla la teoría del castigo comunicativo. Parte de una explicación de la versión clásica “kantiana” del retribucionismo, luego explica la retribución “de las víctimas” -fundamentalmente a partir de los trabajos de Malamud Goti-, para después proponer como alternativa superadora la de la comunicación, no sin antes cuestionar lo planteado por Carlos Nino en relación a la supuesta equivalencia entre retribución y venganza, a partir de la noción de inculpación.

El concepto de inculpación y sus formas es lo que le permite a Beade comenzar a abordar su propuesta de retribución comunicativa. Plantea que cuando como comunidad culpamos a otro, estamos expresando nuestro reproche a la conducta realizada. Además de clasificar la inculpación en *amplia* y *estrecha*, lo hace entre la *culpa retributiva* y la *culpa restaurativa* -que, según afirma, no serían excluyentes-. La primera está dirigida a conseguir una condena criminal, mientras que la segunda busca traer a luz explicaciones sobre determinados hechos que generaron ofensas en la comunidad. La culpa retributiva es la el punto de conexión con el concepto de castigo.

Beade afirma que “castigar a alguien tiene la finalidad de que la comunidad exprese la desaprobación de un acto, en principio, prohibido” (38). Con esa desaprobación, según el autor, se pretende censurar y reprochar el acto cuestionado. Sin embargo, con posterioridad, plantea que el castigo tendría al menos dos finalidades. La primera sería que el ofensor acepte su error y reflexione para lograr su arrepentimiento y, de ser posible, la reparación del daño. La segunda, “se relaciona con la víctima y la comunidad” (39). En otras palabras, se castiga para que la comunidad exprese su reprobación al agresor, pero además para que ésta se concentre en su relación con el ofensor y dialogue con el mismo, asumiendo ciertas obligaciones respecto de cómo recuperar a esa persona en la comunidad.

Creo que esta doble finalidad del castigo que plantea el autor es, cuanto menos, problemática. La primera de las finalidades -la que consiste en expresar el reproche de la comunidad, y está destinada al ofensor- parece hacer sentido y se presenta como una opción sumamente interesante para entender el derecho penal. Pero la segunda, puede generar ciertas dificultades filosóficas difíciles de superar: en primer lugar, para afirmar que el castigo tiene un fin relacionado con “restaurar” algo, y que éste está enfocado en la comunidad, hay que defender, primero, la idea de que el castigo no es un fin en sí mismo. Pensar de esa manera significa asignarle una función al hecho de castigar a alguien, que va más allá de retribuir; está por fuera de la lógica propia de la pena. En ese sentido, si bien Beade defiende que hay una errada “univocidad” del retribucionismo, creo que hay ciertas afirmaciones que, aún con mucho esfuerzo, no pueden encuadrarse allí y deben asumirse como una variante de teorías relativas de la pena.

Por otra parte, considero que existen tensiones a la hora de pensar la relación entre víctimas y comunidad. Beade afirma que “es necesario tomar en consideración los sentimientos de las víctimas como miembros de la comunidad y no como un grupo aislado y desprotegido” (40). No creo que sea una tarea sencilla la de relacionar estos dos conceptos, sobre todo cuando el ejemplo utilizado es el de crímenes de lesa humanidad. ¿Quién es la víctima? ¿Qué ocurre si la víctima -entendida como víctima directa- tiene un interés distinto a la hora de castigar al ofensor que el resto de la comunidad?

Retribución, inculpación y ¿perfeccionismo moral?

En este capítulo, Beade discute con Carlos Nino acerca de las implicancias del retribucionismo. Nino sostiene, básicamente, que el retribucionismo peca de *subjetivismo puro*², argumentando que, como éste se basa en la idea de inculpación, necesariamente se castiga a alguien por la intención que tuvo al realizar su conducta. Por lo tanto, se incurriría en una suerte de

² Nino (2015) 224.

perfeccionismo moral que no es deseable desde la perspectiva del liberalismo político.

Nino afirma que los retribucionistas, al castigar, estarían juzgando el carácter moral del agente al que se le reprocha la conducta; en otras palabras, la retribución implicaría penar a alguien por quién es y qué intenciones tiene y, por lo tanto, imponer un ideal de persona, tal como lo hace el perfeccionismo moral. Nino y Beade reconocen que el concepto de inculpación es clave para comprender las teorías retributivas, pero no entienden su función de la misma manera: Beade defiende la idea de que la inculpación no implica necesariamente reprochar el carácter del ofensor (aunque acepta que, en algunos casos, se puede culpar por los actos y también parcialmente por el carácter). Para ello, explica que la inculpación es entendida para él desde una perspectiva dialógica por parte de la comunidad con el ofensor. En contraposición a la supuesta *función manipulativa* del reproche planteada por Nino, para Beade esa función dialógica, atravesada por el concepto de *persuasión moral*, implica que quien infringió las reglas de la comunidad comprenda las razones que fundamentan que los otros lo culpen por lo que hizo; debe existir un “ida y vuelta”, en donde la comunidad explique los fundamentos del reproche.

Me pregunto si demostrar que una teoría -como la retributiva, en este caso- no incurre en perfeccionismo moral, ¿también significa haber logrado probar que no es subjetivista? Podría decirse que toda teoría subjetivista es perfeccionista desde el punto de vista moral, pero dudo mucho de la versión invertida de la afirmación. Es necesario recordar que Nino acusa al retribucionismo de *subjetivismo puro*. En ese sentido, creo que Beade podría haber profundizado sus reflexiones en ese plano. Por ejemplo, no sería errado proponer que la teoría preventiva de Carlos Nino, con su lógica, también peca de subjetivista. La disuasión, en realidad, busca prevenir *intentos*, dado que no es posible pretender prevenir resultados, diferenciándolos de las intenciones de los agentes.³ Al buscar prevenir intentos -dado que el objetivo de nuestra comunidad es vivir en “paz” sin que otros intenten dañarnos- no hay buenas

³ Sobre este punto ver Lewis (1989) 53-67.

razones para pensar en beneficiar con menos castigo a quien tuvo suerte y no pudo lograr el resultado. Me arriesgo a decir que la teoría de la disuasión, al ser subjetivista, también incurre en muchos elementos del perfeccionismo moral.

Por último, si bien considero que la idea de inculpación es sumamente relevante para pensar la relación entre una teoría del castigo y la injerencia del Estado en la esfera de autonomía de las personas, creo que muchos interrogantes podrían surgir a partir de una concepción “dialógica” de inculpación. Me resulta -quizás- un poco problemático pensar la inculpación como un proceso en el que el ofensor “conversa” con quienes lo inculpan. No quiero decir que este diálogo no deba existir en el marco del castigo penal, pero veo con ciertas dudas que esto se dé precisamente al momento de inculpar. Particularmente, me surgen preguntas como: ¿No es la inculpación la consecuencia de una emoción reactiva? ¿Es realmente posible en nuestras comunidades que la indignación, el enojo, lleven a persuadir moralmente al ofensor mediante canales de consideración y respeto?

¿Es aceptable moralmente suicidarse para evitar ser castigado?

Luego de criticar fuertemente algunas de las implicancias de los presupuestos liberales de la filosofía política, el autor se propone, en este caso, cuestionar - desde la perspectiva del Derecho Penal- el principio de autonomía de la voluntad. En este artículo discute con el liberalismo en torno a la idea de un posible límite a la libertad de decidir sobre nuestro propio cuerpo cuando lo que media es un castigo penal (en potencia o siendo cumplido).

La base de la que parte Beade para sostener las razones por las que cree que suicidarse para evitar ser castigado es moralmente reprochable, es la idea de comunidad. La comunidad, a los fines de este trabajo, es un grupo de personas que acuerdan libremente cómo se van a relacionar, con qué reglas, y qué conductas no son deseables.

En ese orden de ideas -y en sintonía con los capítulos anteriores- el castigo cumpliría el rol de expresar a un conciudadano, miembro de nuestra comunidad, que un determinado acto que realizó está por fuera de lo pactado

entre todos y deliberadamente. Beade afirma que el castigo, en última instancia, debe tener como fin último la reincorporación de esta persona a la comunidad (reconciliación), y para eso es necesario que se arrepienta de lo que hizo (lo cual, según el autor, debería constituir una obligación moral), y que la comunidad recoja ese arrepentimiento (60-3). Además, el autor sostiene que “su reincorporación a la comunidad debe ser total y su situación debe retrotraerse al momento anterior al castigo” (63-4).

La oportunidad de los juicios penales son el momento en el cual la persona tiene la posibilidad de explicar lo que hizo, las razones para hacerlo, y arrepentirse frente a las víctimas y la comunidad toda; allí estaría la importancia de que el ofensor permanezca vivo y pueda ser reincorporado lo más rápido posible.

En el comienzo del trabajo, Beade plantea que la pregunta a responder es si el ideal se mantiene aún en los casos “de ciudadanos en prisión o que enfrentan la probabilidad de recibir una condena criminal prolongada” (56). Creo que esta idea genera necesariamente dos interrogantes: i) si la noción de arrepentimiento (y la posterior reconciliación) es el punto neurálgico que le otorga el valor la necesidad de que el ofensor permanezca con vida, y el momento de arrepentirse es el juicio penal, donde éste puede explicar las razones de sus actos, ¿cómo se aplicaría este razonamiento a alguien que ya está condenado? Si ya hubo un juicio, y se determinó que el ofensor es culpable y debe ser castigado, ¿continúa teniendo la posibilidad de arrepentirse? ¿Y la comunidad continúa teniendo la obligación de reincorporarlo? ¿Hasta qué momento del proceso penal deberíamos permitirle al ofensor que se arrepienta? Y siguiendo la misma línea, ¿sigue siendo reprochable moralmente suicidarse una vez condenado si la comunidad no aceptó nuestro arrepentimiento? ii) Creo que la expresión “condena criminal prolongada” presenta algunos grises. Por ejemplo, si hablamos de una comunidad en la que existe la prisión perpetua, estamos en presencia de un caso en el que claramente no hay interés en la reconciliación; si no hay reconciliación, tampoco tiene sentido el arrepentimiento; si no tiene sentido el arrepentimiento ¿tampoco le vamos a permitir a alguien que se suicide para no enfrentar el resto de su vida encerrado en la cárcel?

El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino

En el cuarto capítulo de la obra, el autor se propone adentrarse en los aportes de Carlos Nino al Derecho Penal, generalmente no muy analizados en Argentina. Particularmente, se focaliza en poner en jaque la idea de que el liberalismo debe, necesariamente, adoptar la tesis de que el daño es el elemento central de una teoría de la responsabilidad penal que respete la autonomía personal. En ese sentido, el autor, pretende evidenciar una contradicción en el pensamiento de Nino, fundamentalmente a partir de su concepción deliberativa de la democracia.

Beade afirma que es problemático aferrarse a una cuestión fáctica como un daño concreto para fundar una teoría vinculada al liberalismo (74). Para ello emplea ejemplos de delitos sin un daño concreto que deberían importarles a los filósofos liberales (contaminación ambiental, evasión impositiva). Castigar esos delitos, afirma, no es una intromisión en nuestro plan de vida. En ese sentido, sostiene que perfectamente se podría articular una teoría liberal a partir del principio de autonomía personal (como límite a la intromisión del Estado), y no a partir del principio de daño. Sobre esta cuestión creo que afirmar que hay delitos “sin un daño concreto” no es lo mismo que afirmar que esos delitos “no generan daño”. A fin de cuentas, hay una gran cantidad de delitos que no tienen un daño concreto y, sin embargo, sí dañan. La contaminación ambiental o la evasión impositiva, a mi entender, quedan comprendidos en la lista de conductas que *generan un daño*; de hecho Nino admite también la posibilidad de intromisión del Derecho Penal cuando lo que se genera es un “peligro concreto”,⁴ que no necesariamente implica un daño palpable.

Luego realiza un interesante análisis de algunas obras muy relevantes de Carlos Nino, con el fin de demostrar que su forma de entender la autonomía personal está profundamente atravesada por nociones igualitarias desde el análisis de la democracia deliberativa, que acarrearán problemas si intentamos asociarlas a su teoría de la responsabilidad penal. Así, concluye que la

⁴ Nino (1980) 308.

exigibilidad de la igualdad en su teoría de la deliberación se contradice con la falta de nociones igualitarias al entender el principio de daño como elemento central del Derecho Penal.

Beade afirma que “la autonomía debería ser más extensa si mi participación es indispensable como parte de un modelo democrático como el propuesto por Nino” (82). En ese sentido, creo interesante agregar la posibilidad de pensar que, quizás, también hay ciertos ideales perfeccionistas en el modelo democrático de Nino. Para él, la deliberación pública tiene determinadas condiciones además de la igualdad, como por ejemplo que participen todas las partes interesadas, o que los individuos no se encuentren sujetos a “emociones extraordinarias”.⁵ Presuponer ciertos comportamientos ideales por parte de las personas -como también pueden serlo los requisitos de argumentar genuinamente o dar las mejores razones- como prerrequisito de su teoría democrática, podría entenderse como un planteo que quedaría por fuera del paradigma liberal.

Usurpación, reclamos sociales y soluciones penales

El objetivo de Beade en este punto es rechazar la utilización del derecho penal para solucionar los conflictos relativos a la ocupación de terrenos públicos por parte de personas que no tienen una vivienda digna.

El autor plantea un caso hipotético (asimilable a diversas situaciones de público conocimiento que hemos vivido en la Argentina) en el cual “un grupo de personas, cansadas de esperar durante años las respuestas del gobierno ante sus reclamos para la obtención de una vivienda digna, decide usurpar un parque público abandonado hace años por el propio gobierno y utilizado, solo ocasionalmente, por los vecinos de la zona” (85-6).

El primer presupuesto del que parte el autor, es entender la usurpación no como un delito sino como un reclamo social (o bien una reacción ante el incumplimiento de una promesa política). Para ello suma a su argumento el concepto de *sobrecriminalización*, y lo aplica a estos casos, afirmando que

⁵ Nino (2003) 180.

castigamos muchas personas, muy duramente y destructivamente. En relación al concepto de *sobrecriminalización*, me gustaría destacar que uno de los presupuestos planteados por Douglas Husak para traer a cuenta la *overcriminalization* es que esté penada una conducta que claramente no debería ser objeto de persecución penal.⁶ En ese sentido, no creo que Beade entienda que el delito de usurpación - más allá de estas circunstancias particulares- no debería estar tipificado, sino que en estos casos debería tratarse con especiales consideraciones.

Sin embargo, Beade se encuentra con que uno de los argumentos que justifican el castigo a “los ocupantes” se basa en un concepto sumamente trabajado y defendido por él: la comunidad. A grandes rasgos, los autores que defienden esta postura afirman que se debe castigar a estas personas porque de lo contrario no se las estaría considerando parte de la comunidad, excluyéndolos, ignorándolos, etc. Beade responde a este argumento con mucha facilidad: “No es posible afirmar que el castigo incluye a ciudadanos dentro de una comunidad si es el Estado y los miembros de la propia comunidad quienes son responsables de esta situación que deben enfrentar ‘los usurpantes’” (91). En ese orden de ideas, Beade sostiene que el Estado no tiene el *status moral* necesario para exigir ciertos comportamientos. El texto invita a reflexionar sobre la cuestión del *status moral*. Frente a esto: ¿Qué es lo que constituye el status moral? ¿Siempre que el estado haya provocado esa situación pierde el status moral para castigar? ¿Qué tan indirecta puede ser esa provocación? ¿Con qué delitos el Estado sí tiene status moral para castigar? A modo de ejemplo:

No sería absurdo pensar que el Estado provocó que, a través de la cultura machista y patriarcal, se reprodujeran graves patrones de conducta que consideran a la mujer como un ser inferior. Así, un joven, profundamente penetrado por lo que el Estado le ha mostrado desde que era niño, abusa sexualmente de su compañera de clase, creyendo que tiene derecho a hacerlo. Aquí, el Estado nunca se encargó del desarrollo emocional del joven en ningún momento de su vida, sino que lo dejó solo con una familia que no se

⁶ Husak (2008) 45-46.

hizo cargo, dejándolo a la deriva desde el primer momento. ¿No tiene allí el Estado *status moral* para castigar al joven? O incluso podríamos imaginar que una mujer, ante reiteradas agresiones sexuales violentas a lo largo de su vida y una falta de respuesta del Estado en relación a su situación, asesina su agresor para terminar con el sometimiento. ¿Qué diríamos en este caso sobre el *status moral* para castigarla?

Retomando el argumento del castigo “para incluir en la comunidad” creo que existe un punto más -que me permito proponer- para demostrar su hipocresía: resulta muy curioso que se pretenda hablar de inclusión recién al momento de castigar penalmente. En otras palabras ¿por qué el Estado no usó su deber de no excluir para asegurarse las condiciones mínimas de dignidad de estas personas? No puede el Estado incluir castigando cuando en ningún momento previo se interesó en hacer sentir parte de la comunidad a las personas en situación de pobreza extrema.

Luego, el autor presenta tres argumentos para defender que estos casos no son un asunto del derecho penal que podrían sintetizarse de la siguiente manera: i) lo que se requiere es una solución política en términos de igualdad; ii) los casos de usurpación no acarrear un daño y no hay víctimas identificables; y iii) dentro de la aplicación del derecho, el derecho penal no es la única herramienta sino que hay, por ejemplo, organismos administrativos o gubernamentales.

Más allá de los interrogantes que pueden surgir a partir de los presupuestos del caso hipotético planteado por el autor,⁷ creo que surge claramente una pregunta difícil de responder. La acción específica que está tipificada penalmente y cuya sanción legal estamos intentando evitar, ¿debe versar materialmente sobre el mismo objeto del reclamo? En el caso propuesto por Beade, se trata de un reclamo social por falta de vivienda, que consiste en ocupar un terreno justamente para vivir. Ahora bien, si ese terreno se ocupa también por un reclamo similar (incluso en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales) por un grupo desaventajado, pero el objeto del mismo no tiene que ver directamente con eso, ¿también debemos

⁷ Sobre esto, ver Petrone & Ramallo (2017) 240-241.

abstenernos de la solución penal? Pienso en, por ejemplo, la ocupación de la Plaza de Mayo durante 9 años por parte de los ex-soldados que reclaman ser reconocidos como veteranos de la guerra de malvinas.

Por otra parte, me pregunto cómo se vincularía esta teoría sobre la no-utilización de las soluciones penales con la forma de entender el castigo que tiene Beade. Es decir, si pensamos, como el autor, que el castigo sirve para expresar -como comunidad- nuestro reproche a una determinada conducta, ¿no castigar entonces significa que tampoco reprochamos moralmente en ninguna medida la usurpación? ¿O, en cambio, sí existe un reproche moral pero que no debe llegar a convertirse en castigo penal?

En último lugar, quisiera plantear una duda respecto de las formas en las que el Derecho puede/debe intervenir en casos de usurpación de terrenos. Si bien comparto la idea de que la criminalización no tiene un rol que cumplir, podría discutirse la aplicabilidad de un resarcimiento -civil- en concepto de daños al Estado.

¿Razones para prohibir el uso de drogas?

Entrando ya en la parte final del libro, Beade se propone analizar uno de los puntos más debatidos en el Derecho Penal: la criminalización del consumo de estupefacientes. Para ello, intentará defender la idea de que esta conducta no puede ser castigada, dado que no hay razones para hacerlo, a partir de una reinterpretación del principio de autonomía personal del artículo 19 de la Constitución Nacional de Argentina.⁸

Comienza el ensayo planteando los principales argumentos utilizados para castigar el uso de drogas. Los clasifica en tres grupos de argumentos: el paternalista, el perfeccionista, y el de defensa social.

⁸ “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

Las respuestas a estos argumentos, según Beade, se componen, en primer lugar, por argumentos amparados en una interpretación liberal del artículo 19 de la CN, es decir teniendo en cuenta los principios de autonomía personal (las “acciones privadas”) y de daño (no ofenden a terceros). El autor sostiene que la autonomía personal funciona bien para rebatir los argumentos paternalistas y perfeccionistas, pero tiene serias dudas respecto del principio de daño, que funciona al mismo tiempo como límite a la autonomía. Afirma que el concepto mismo de “daño” es demasiado amplio, y hay muchos casos que podrían pensarse para demostrar que no es tan fácil determinar si una conducta dañó o no a un tercero.

Beade se muestra preocupado por el hecho de que el requisito de no dañar a terceros constituya un límite a la esfera de la privacidad, de modo tal que se confunda con un espacio físico determinado (empieza a haber problemas cuando hablamos de trasladar drogas, o consumir marihuana en un balcón, en un automóvil, etc.). En ese sentido, defiende la idea de que es fundamental entender el concepto de “asunto privado” y diferenciarlo tajantemente del lugar físico de intimidad. Un asunto privado, puede darse “en público” (por ejemplo, discutir con un amigo en una plaza). El placer que puede encontrar una persona en consumir drogas blandas de forma recreativa, podría satisfacerse en un lugar público y no dejaría de ser una acción privada.

Beade, como excepción, afirma que “si estuviéramos ante circunstancias en las que el individuo no pueda controlar su conducta, la imposición de un castigo penal no colabora con la solución del problema. La respuesta a un problema de salud no debería estar asociada con la coerción del sistema penal sino con otro tipo de alternativas relacionadas, quizá, con la medicina” (109). Frente a esto, me pregunto cómo se relaciona la injerencia del Estado en términos de “salud pública” con la autonomía personal. Si yo estoy enfermo y tengo una adicción que no puedo controlar, ¿el Estado está habilitado para obligarme a asistir a una institución médica que perfectamente podría configurarse también como una institución de encierro? Permitir soluciones de este tipo, a mi entender, implicaría precisar algunas nociones más específicas. Por ejemplo, no queda tan claro, en particular con las drogas blandas como la marihuana, cuándo podría hablarse de una adicción y cuando

es simplemente uso recreativo. Si ese límite es el que nos va a indicar cuándo puede intervenir el estado (aún desde el punto de vista de la salud), debería estar bien delimitado.

Por otro lado, este artículo me llevó a preguntarme respecto de si toda la teoría sobre la aplicación del principio de lesividad se aplica para cualquier estupefaciente. Beade se propone trabajar sólo sobre las drogas blandas, que en principio no tienen ningún tipo de implicancia relevante en el comportamiento humano. Sin embargo, muchos defienden la idea de que existen muchas drogas (como la cocaína, el LSD, entre otras) que predisponen a las personas a una actitud violenta y, quizás, “peligrosa”. Más allá de las posibles consideraciones relativas a la teoría del delito que podrían esbozarse, me pregunto si no existen tampoco razones para castigar el consumo personal de estas sustancias, a la luz del artículo 19 de la CN.

En último lugar, considero que sería interesante desarrollar la relación -si es que existe- entre este tipo de delitos (y su afectación a terceros) con la teoría de la retribución comunicativa. Esta forma de entender el castigo, sostenida por el autor, implica que como comunidad decidimos establecer ciertas reglas que regirán nuestra convivencia y, por lo tanto, determinadas conductas serán reprochadas porque creemos que no son deseables. Esta teoría no parece suponer, por sí misma, una necesidad de afectación a terceros. Si el reflejo de nuestras “reglas” es la ley penal, entonces debemos asumir que como comunidad hemos decidido que no queremos que las personas usen drogas. Si, en cambio, el reflejo de esas reglas es, por ejemplo, la Constitución, entonces nuestra ley penal está en conflicto con nuestras reglas morales comunitarias. También podríamos afirmar que hay principios comunitarios diferenciados de las reglas, y entonces nuestras reglas sobre las conductas prohibidas están sujetas a que, por ejemplo, haya un daño a terceros. En resumen, creo que se desdibuja la teoría de la comunicación para justificar el castigo cuando nos encontramos con un tipo penal que parece contrariar nuestros principios morales.

El populismo penal y el derecho penal *tototerreno* en la Argentina

En el último capítulo del libro, Beade se propone analizar el populismo penal y sus implicancias. A pesar de ser un concepto de difícil definición, el autor lo presenta como un fenómeno relacionado con una búsqueda de imposición de cierta política criminal por parte de un sector de la sociedad, generalmente tendiente a conseguir penas más severas y mayor control policial.

Beade destaca la importancia de los medios de comunicación en relación al populismo penal, argumentando que éstos tienen una marcada injerencia en los sentimientos de inseguridad y de desprotección ante la falta de castigos suficientes, “purificando” las demandas del populismo penal. Pero además, mediante maniobras mediáticas en las que instalan determinadas preocupaciones en la sociedad -como por ejemplo olas de delitos-, pasan por alto los más básicos derechos fundamentales. Posteriormente, los políticos utilizan las demandas del populismo penal, evitando el descontento de este movimiento y sumando rédito a sus propios intereses. Estas corrientes parecieran pretender desplazar, en cierto punto, el rol de los “expertos” en Derecho Penal (que vendrían a representar las posiciones más racionales y respetuosas de las garantías penales).

La discusión planteada consiste en qué lugar se le debe dar a estas demandas populistas (y cuál debería ser el papel de los expertos) en el debate público en torno a la política criminal. Beade deja entrever que debe escucharse la voz de todas las personas incluyendo a los expertos, y no pareciera haber razones para que la opinión de estos últimos tenga más peso.

Entiendo que esta discusión es, en esencia, una discusión de filosofía política. Lo que se está planteando es qué importancia debemos darle como comunidad a ciertos reclamos -por demás legítimos y sin dudas colectivos- en el marco del diseño e implementación de políticas públicas de índole criminal. A mi entender, este debate se da con cualquier tipo de reclamo popular y, más allá de que quizás no encontremos suficientes razones para darle un lugar privilegiado a las opiniones de los “expertos”, tampoco habría que tomar los reclamos populares como una opinión general de la población de nuestro país. Lo cierto es que, en general, constituyen discursos de cierto grupo socio-

económico con determinadas preocupaciones y -como sostiene Beade- profundamente influenciados por los medios masivos de comunicación.

Creo que mientras nuestra democracia continúe teniendo las características que tiene -ausencia de deliberación pública, de participación ciudadana, falta de representatividad política, lobby, etc.-, no pueden tomarse seriamente los discursos sociales punitivistas, motivados por acontecimientos coyunturales y que, sin dudas, implican una fuerte regresión en términos de derechos. Cuando como comunidad resolvamos la falta de participación real del pueblo en la deliberación sobre la cosa pública, recién ahí podremos discutir qué hacemos con los grupos que demandan más penas y más control policial. Mientras tanto, no pueden sobrevalorarse este tipo de reclamos por más justos que sean o parezcan ser, y debemos ser sumamente cuidadosos.

Por último me pregunto: ¿realmente pensamos que los expertos en Derecho Penal no deberían tener ningún lugar privilegiado frente a la impronta punitiva de las demandas sociales? Quienes han dedicado su vida a estudiar las ventajas, desventajas de cada sistema penal o procesal penal, las discusiones históricas que se dieron en las distintas épocas, las experiencias comparadas en distintos países del mundo ¿no tienen elementos especiales que aportar al debate público que podrían ser tenidas en cuenta por el resto de los ciudadanos? Intuyo que no es lo mismo hablar simplemente de “penas más severas” que hablar de modificaciones que implicarían violaciones al sistema de protección de los Derechos Humanos (normativa internacional que, quizás, no esté en conocimiento de todos los ciudadanos), como volver a incorporar la pena de muerte o la tortura como método de averiguación de la verdad.

Conclusiones

El libro de Gustavo Beade es sin lugar a dudas una invitación a repensar los presupuestos clásicos del Derecho Penal. Es una obra crítica, compleja y desafiante que pretende tocar algunos de los temas más sensibles y actuales en los que esta rama del Derecho puede tener que ver. Creo que una de las

virtudes más grandes es la capacidad de plantear ideas muy sofisticadas de una forma sumamente clara y pasible de ser comprendida por cualquier persona.

Las inquietudes de Beade en relación con la fundamentación del castigo, los límites a la injerencia del Estado en nuestra vida, la hipocresía del Derecho Penal cuando se trata de desigualdades estructurales, entre otros, son inquietudes, por sobre todo, sinceras.

Los siete capítulos que componen el libro son autosuficientes, y pueden leerse por separado perfectamente. Sin embargo, al interpretar la obra como un todo, ésta se vuelve mucho más rica, porque se puede comprender desde dónde parte el autor para reflexionar sobre cada uno de los temas; no se tarda en encontrar puntos de conexión entre las problemáticas propuestas, y advertir así que lo que subyace es el “para qué” del castigo, o, como se citó al comienzo de esta reseña, el lugar que ocupa éste en nuestras entrañas.

Referencias bibliográficas

- Husak, D. (2008) *Overcriminalization. The limits of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press.
- Lewis, D. (1989) “The punishment that leaves something to chance”, en *Philosophy & Public Affairs* 18 (1) 53-67.
- Nino, C. S. (2015) *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Nino, C. S., (1980) *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires, Editorial Astrea.
- Nino, C. S., (2003) *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa.
- Petrone, C. y M. A. Ramallo (2017) “Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho penal’ de Gustavo Beade”, en *Letra Derecho Penal* 5.

