

## Los miedos de los penalistas

### Algunos comentarios a “Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad”

Diego Freedman

El trabajo de Roberto Gargarella “Mano dura sobre el Castigo. Autogobierno y Comunidad”, al igual que sus anteriores artículos y sus exposiciones orales más recientes significan una bocanada de aire fresco en el debate penal, ya que logra introducir temáticas poco abordadas o propone nuevos enfoques que son sumamente enriquecedores.

En este texto reflexiona en particular sobre tres temas de la teoría del castigo en una sociedad democrática y republicana, a saber: ¿Cómo deberían ser producidas las normas penales?, ¿Qué tipo de sanciones deben ser aplicadas? y ¿Cuáles son los fines que persiguen esas sanciones?

Creo que los planteos de Gargarella chocan de pleno frente a miedos y reparos que tienen los principales doctrinarios penalistas en nuestro país y, probablemente, en la mayoría de los países latinoamericanos. Vamos a ir desarrollando cada uno de estos planteos con mayor profundidad y a realizar algunas observaciones personales.

#### Los miedos del Dr. Stockmann

La primera idea que esboza Gargarella es que las leyes penales deben ser producidas a través de la deliberación democrática. Esto significa que debe garantizarse la mayor participación posible de las personas en la deliberación pública o sucedáneamente la mejor representación de sus intereses. Desde ya cabe mencionar que esta idea deviene del reconocimiento del valor epistémico de la deliberación democrática, que ya ha defendido en nuestro medio Carlos Nino<sup>1</sup>. Evidentemente, si creemos que la democracia es el mejor sistema para producir las reglas que regulen las conductas intersubjetivas, debemos aceptar que las leyes penales deben ser creadas de forma democrática. Creo que esta idea es muy difícil de refutar si estamos convencidos de que la democracia es el mejor régimen de gobierno. Lo contrario, sería ponernos en la situación del Dr. Stockmann, el personaje de la obra “Un enemigo del pueblo” y considerar que “la mayoría siempre se equivoca” negando que la democracia es un medio para tomar buenas decisiones en términos técnicos y morales<sup>2</sup>.

---

1 “Para esta postura la democracia tiene un valor epistemológico. Se trata de un método válido para acceder al conocimiento moral, que incluye entre sus componentes esenciales tanto al debate como al acuerdo mayoritario y nos acerca así a la verdad moral”, Nino, Carlos, *La relevancia moral epistémica de la democracia* en “Los escritos de Carlos Nino, Derecho, Moral y Política”, Tomo II, editor Gustavo Maurino, Ed. Gedisa, Buenos Aires, 2007, p. 229. Para un desarrollo más extenso de la teoría democrática de Carlos Nino, *Constitución de la democracia deliberativa*, Ed. Gedisa, Madrid, 1997.

2. En el acto cuarto de la obra hay una célebre escena en que el personaje se enfrenta ante la multitud que no quiere reconocer que el balneario es peligroso para la salud. Allí, el Dr. Stockmann llega a afirmar que “¡Y yo digo que no! ¡La mayoría no tiene razón nunca! [...] ¡la mayoría tiene la fuerza, pero no tiene, desde luego que no, la razón! La razón la tenemos yo y algunos otros”.

Por supuesto, es posible que una decisión democrática pueda ser errada en términos de racionalidad técnica (utilizó un saber científico que es refutado) o en términos morales. Pero, en lo personal, estoy convencido que es un mecanismo, como ya sostuvo Carlos Nino, por el cual es menos probable que tomemos decisiones erradas<sup>3</sup>. Por supuesto, es mucho más confiable que realizar una delegación permanente a un individuo o a un grupo de individuos, por más que sea una elite intelectual o moral<sup>4</sup>. Por otro lado, cabe tener en cuenta que en muchas ocasiones podemos justificar que las decisiones democráticas han sido erradas, precisamente, porque en el mecanismo deliberativo se introdujo información falsa<sup>5</sup>, no se permitió la participación de determinado grupo de personas o no fueron tenidos en cuenta sus intereses<sup>6</sup>.

Ahora, pese a estos argumentos, hasta los penalistas más progresistas son bastantes reacios a la participación ciudadana en temas penales<sup>7</sup>. Hay una resistencia al

---

3. En este sentido, Carlos Nino afirma que "la aceptación de las decisiones democráticas no implica someterse a un imperativo o a una prescripción sino admitir ser guiados por una presunción epistémica", *La relevancia moral...*, ob. cit., p. 230.

4. Nino trata de explicar las ventajas frente a la reflexión individual cuando señala que "un individuo que, sin reflexionar, o por vía de la reflexión individual aislada, formula juicios morales, no siempre asume que en condiciones ideales hubiesen sido aceptados unánimemente por los interesados. Es altamente improbable, aunque no imposible, que alguien tome en cuenta la totalidad de los intereses de todas las personas afectadas por una medida si no hubo antes una confrontación de intereses. La discusión con otros, además, nos permite ver los errores de razonamiento que se esconden detrás de algunas convicciones morales", *La relevancia moral...*, ob. cit., p. 229.

5. "La comunicación pública —la deliberación— puede inducir a la gente a adoptar creencias causales que son engañosas y que favorecen los intereses del emisor del mensaje", Stokes, Susan, *Patologías de la deliberación* en *La democracia deliberativa*, comp. Jon Elster, Ed. Gedisa, Barcelona, 2001.

6. Ver los problemas que genera la representación como mal necesario en *La constitución de la Democracia Deliberativa*, ps. 184 y ss. Ver también los déficits en la representación en la Introducción de Roberto Gargarella al libro *Derecho y grupos desaventajados*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999.

7. Por ejemplo, Eugenio Zaffaroni en una entrevista cuestiona la participación de las víctimas y parece defender cierto elitismo en la decisión sobre la política criminal. Al respecto expresa que "Le voy a decir exactamente lo que pienso, actualizado a los últimos días. Nunca estuve enfermo de cáncer pero comprendo el dolor ajeno. Me solidarizaría con cualquier enfermo de cáncer. Más aún. Si no le diesen tratamiento, o si el tratamiento fuese inadecuado, saldría con él a pedirlo. Pero si el enfermo me dice que el tratamiento adecuado es la yerba de Doña María, y que por el solo hecho de sufrir, él sabe más que el oncólogo, yo no lo seguiría. Porque la yerba de Doña María no sirve, no salva", ver <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-40339.html>.

Cuestionando esta postura, podemos citar un formidable párrafo de John Ely, "los valores que los jueces probablemente señalarán como fundamentales, en la medida en que tal selección no refleje, sin más, las predisposiciones políticas y éticas de los individuos, parecen bastante perjudicados. Serán —y no sería razonable esperar otra cosa si la tarea está definida en esos términos— los valores de aquellos a quienes Henry Hart solía llamar, sin ironía, 'los abogados de primera calidad'. La objeción a la 'razón' como fuente de valores fundamentales se formularía entonces mejor en la alternativa siguiente: o bien es una fuente vacía, de la misma manera como los 'principios neutrales' resultaron serlo, o bien, si no es vacía, es tan flagrantemente elitista y poco democrática que debería ser rechazada de inmediato. Nuestra sociedad no adoptó la decisión constitucional de avanzar hasta el sufragio casi universal sólo para contradecirse e imponer los valores de los abogados de primera calidad sobre las decisiones populares. Como lo ha observado Roberto Dahl. 'Después de casi veinticinco siglos, casi las únicas personas que parecen estar convencidas de las ventajas de ser regidos por filósofos-reyes son [...] unos pocos filósofos'", ELY, John, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Ed. Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, p. 81.

establecimiento del juicio por jurados, al menos a conformarlos integralmente por ciudadanos legos<sup>8</sup>. Asimismo, las últimas reformas penales impulsadas por representantes de las víctimas (la diputada Mirta Pérez, Juan Carlos Blumberg) generaron también cierta resistencia a la discusión democrática de las leyes penales<sup>9</sup>. Actualmente, he estado trabajando en este punto en particular y no tengo dudas de que la participación de representantes de ciertas víctimas de determinados delitos (secuestro, homicidio en ocasión de robo, homicidio culposo en un accidente de tránsito) han fortalecido lo que se ha dado en llamar neopunitivismo<sup>10</sup>. Esto ha provocado reformas legales que incrementan el ejercicio del poder punitivo estatal de diferentes formas (agravamiento de las condiciones de aplicación de la pena de prisión o de reclusión, posibilidad de aplicación de penas privativas de la libertad más extensas) sin tener en cuenta las garantías constitucionales, ni un estudio serio de los datos de la realidad y del sistema jurídico vigente. En términos políticos, refuerzan la idea de construcción de una comunidad señalando un enemigo (la persona que comete o está sospechada de cometer determinados determinados delitos como secuestro, homicidio en ocasión y homicidio culposo en un accidente

---

8. También Zaffaroni expresa que "El juicio por jurados no funciona en ningún lado, si por jurado entendemos el modelo tradicional. No funciona porque tiene un inconveniente técnico: no se puede distinguir del todo la cuestión de hecho de la cuestión de derecho. Nadie puede decidir si hubo o no una legítima defensa, un estado de necesidad, un error invencible de algún tipo o una incapacidad psíquica, si no sabe lo que es. Y eso no se explica en cinco minutos por el juez. No hay juez capaz de explicarle a un lego todo el derecho penal que enseñamos en dos o tres años de universidad en cinco minutos. ¿La Constitución impone el jurado clásico o, en una interpretación progresiva, lo que manda es alguna forma de participación popular, de las que se han introducido en el mundo en los últimos 150 años? Me inclino por una interpretación progresiva en el último sentido, o sea, por los escabinos, una mayoría técnica y una minoría de ciudadanos legos ejerciendo control con su voto. En los Estados Unidos sólo un tres por ciento de los casos van al jurado, al resto los extorsionan con la 'negociación': si no acepta lo que el fiscal ofrece declarándose culpable, lo mandan al jurado, donde lo destruyen, salvo que lo defienda un abogado muy prestigioso, al que pocos pueden pagar". Ver la entrevista publicada en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/76068-24551-2006-11-12.html>.

9. Cuestionando al fenómeno generado por Blumberg se dijo "*¿Entiende?*, a la manera de la pregunta, incorrecta lingüísticamente, de la persona titular del movimiento popular indicado en el título. Mi respuesta es: *jno!, me parece que nadie comprende* y que sólo unos pocos, escasas excepciones, han comprendido. ¿Cuál será nuestra mentada diferencia con los animales? (que no sea favorable a los animales)", Maier, Julio, *Blumbergstrafecht*, Revista Nueva Doctrina Penal, 2004/B, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. VI.

10. Al respecto se lo definido como una "corriente político-criminal que se caracteriza por la renovada creencia mesiánica de que el poder punitivo *puede y debe* llegar a todos los rincones de la vida social, hasta el punto de confundir por completo [...] bajo, la protección civil y el amparo constitucional con el derecho penal mismo. El neopunitivismo, que se manifiesta en la llamada expansión penal, es la cuestión central de las reflexiones político-criminales de los últimos años, motivo por el cual corresponde asumir que el derecho penal actual (o 'moderno' como suele denominárselo) constituye un nuevo derecho penal, contrailustrado, cuyas características deben ser estudiadas bajo la designación de *neopunitivismo*, en tanto que el rasgo distintivo de este estilo de derecho penal, que engloba todos sus componentes, es su marcada deshumanización y un recrudescimiento sancionador creciente", Pastor, Daniel, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, Revista Nueva Doctrina Penal, 2005/A, Ed. del Puerto, Buenos Aires, p. 74.

de tránsito)<sup>11</sup>. Frente a esta realidad, no nos debe extrañar que los penalistas tengan reparos con la participación popular, incluso el propio Gargarella cuestiona el populismo penal. Sin embargo, la apuesta de este autor es mayor. No se convence con privar de la participación a las víctimas o reducir el ámbito de discusión democrática de las leyes penales. Gargarella apuesta por fortalecer la discusión democrática.

Creo que si nos tomamos en serio la democracia, debemos apoyar su tesis y reconocer que esta reciente experiencia en nuestro país no debe ser considerada como un indicador. En el estudio que he estado realizado de los proyectos presentados por los legisladores que representan a las “víctimas” se verifica su parcialidad, representando sólo a un grupo de víctimas. Aparte, sus representantes alegando un profundo dolor son sumamente reacios a modificar de opinión ante la argumentación y deliberación producida, lo cual afecta en forma severa un presupuesto de la democracia<sup>12</sup>. Por otro lado, cabe destacar que aún nuestro sistema electoral deja afuera a las personas condenadas de la participación política. Lo cual dificulta que sus intereses sean tenidos en cuenta en la discusión democrática<sup>13</sup>.

## La inclusión a través del derecho penal

La segunda propuesta que plantea Gargarella se origina en el cuestionamiento a la sanción penal como un disuasivo general basado en la concepción personal de *homo economicus*, por la cual, los individuos actuarían razonablemente y se abstendrían de cometer delitos por la amenaza de un mal de cierta gravedad. Comparto esta crítica. Es más, los estudios de campo verifican que esta concepción es completamente errada, al

---

11. La tragedia clásica nos da un caso de construcción de comunidad a través de un enemigo común con la obra “Filoctetes” de Esquilo. En este texto, se aprecia que Neoptólemo podía construir comunidad con Filoctetes si definían un enemigo común, en este caso, los aqueos, principalmente Odiseo. En cambio, le resultaba imposible constituir comunidad utilizando otros valores en común o invocando beneficios individuales y colectivos.

En particular, en un estudio sobre Juan Carlos Blumberg como líder de opinión, se ha sostenido que “La primera frontera que traza este discurso es la que divide a los ciudadanos de los delincuentes. Lo que constituye a la Cruzada y a la ‘gente’ victimizada es la amenaza común de los delincuentes, lo que las obliga a salir a la calle ‘por la vida de sus hijos’. De esta forma, la sociedad está amenazada por ‘la delincuencia’, definida de manera simplificada y esquemática, como un grupo homogéneo de individuos sin código, en un doble sentido: por un lado, los delincuentes no conocen moral, lo cual se pone de manifiesta en las violencia extrema con la que tratan a sus víctimas inocentes; pero al mismo tiempo, se considera a los delincuentes incapaces de cualquier tipo de reflexión y civismo. En este punto se distinguen de la gente decente, que se sacrifica llevando una vida disciplinada para sostener un nivel de vida que los hace dignos”, ANNUNZIATA, Rocío, MAURO, Sebastián y SLIPAK, Daniela, *Blumberg y el vínculo representativo. Liderazgo de opinión en la democracia de audiencia* en Cheresky, Isidoro (comp.), *Ciudadanía, sociedad civil y Participación política*, Ed. Miño y Dávila, Buenos Aires, 2006, p. 160.

12. Desde ya, si cada persona entra a la deliberación pública con el único fin de imponer nuestros intereses y sin estar dispuestas a cambiar su posición original tras el debate de ideas, pierde valor epistémico el procedimiento democrático. Esta característica se ha denominado la posibilidad de transformación de las preferencias. Ver NINO, Carlos, *La constitución...*, ob. cit., p. 142.

13. Al respecto se ha sostenido que “no estaría justificado, por ejemplo, hacer exclusiones basadas en la comisión de crímenes [...] La voz del criminal debería ser escuchada para justificar una cierta solución”, Nino, Carlos, *La constitución...* ob. cit., ps. 186 y 187.

menos para los delitos violentos contra la integridad física<sup>14</sup>. Frente a esto, Gargarella no se queda con una mera crítica destructivista, por el contrario, propone que la respuesta frente a un crimen de un republicano debe ser inclusiva y orientada a la comunidad. En este sentido trata de darle una fin positivo a la respuesta y no actuar como un desincentivo general o especial a cometer delitos.

Probablemente, a los penalistas este tipo de respuestas le suenan similares al positivismo criminológico. Sin embargo, cuando Gargarella detalla las respuestas propuestas (justicia restaurativa, multas, servicio comunitario, obligaciones de conducta) ya se advierten diferencias al menos en cuanto al grado de restricción de derechos que significan estas medidas (la mayoría de los positivistas terminaron legitimando la pena privativa de la libertad con un tratamiento carcelario). Discrepo con lo que señala en la nota 15, que estas medidas en sí, no están dirigidas de alguna forma a modificar su conducta por lo que la comunidad ha definido como aceptable. Es más, creo que establecer un diálogo con la víctima (justicia restaurativa) o brindar un servicio comunitario, ponen al autor del delito en una situación en la que probablemente se provoquen cambios en su conducta moral. Puede ser que esos cambios no se hagan efectivos, pero creo que las medidas tienen como fin, poner a los autores del delito en ese tipo de situaciones. Por ende, noto que poseen un fin preventivo especial, en un sentido positivo<sup>15</sup>, o sea, incluyente. Desde ya, estas medidas no tienen la intensidad, ni la ambición que la propuesta por los positivistas criminológicos, que implicaban diferentes tipos de tratamientos y permitían su prolongación hasta la definitiva “corrección” del individuo<sup>16</sup>. Sin embargo, no creo que la prevención

---

14. En este sentido, Gabriel Kessler cuando indaga sobre la delincuencia juvenil verifica que no hay un frío cálculo costo-beneficio sino que “por ahora no oponemos una idea de acción irracional a la de elección racional, sino que suponemos una presencia de lógicas diversas en distintos tramos de la acción. En un extremo, juicios del tipo ‘estábamos ahí y vimos pasar una vieja y nos mandamos’ pueden hacer pensar en la preeminencia de acciones que excluyen el cálculo costo-beneficio o repentistas. Ahondando en la descripción de las acciones, puede detectarse algún tipo de evaluación de riesgo, pero en general muy acotado al tiempo inmediato. En el mismo testimonio citado, se advierte una evaluación previa, pues se ha elegido a ‘una vieja’, la imagen por antonomasia de la víctima fácil que no puede oponer resistencia. Es decir, el tipo de cálculo que parecen desplegar en las acciones es muy limitado, porque son acciones rápidas, el blanco se elige al tanteo, sin mucha premeditación. En muchos casos, salen y cometen un número importante de acciones, con poco cuidado al elegir una víctima que los proveerá de un escaso botín; hay entonces una relación entre la escasa planificación de la acción y el bajo rendimiento esperado”, KESSLER, Gabriel, *Sociología del delito amateur*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 57.

15. En relación con el fin preventivo especial positivo, Zaffaroni ha explicado que “Siguiendo el modelo moral y más tarde el médico-policial, se intentó legitimar el poder punitivo asignándole una función positiva de mejoramiento sobre el propio infractor”, Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 59.

16. «La pena perderá su vieja tónica de severidad, y hasta los restos de expiación serán radiados con el nombre de la pena, que serán substituido por el de *medida tutelar y aseguradora*, más conforme con el nuevo contenido [...] La pena, pues, no será tal pena, y no habrá, por tanto, que enumerarla y mucho menos tasársela a priori: todos los medios que se empleen serán de duración indeterminada [...] Los jueces del nuevo sistema penal gozarán del más absoluto arbitrio, como lo tienen hoy los médicos y maestros [...] el juez futuro debe decidir cuando el sujeto es peligroso [...] los nuevos jueces no serán juristas, sino verdaderos *médicos sociales* [...] Las viejas cárceles serán reemplazadas por Reformatorios, Instituciones tutelares y Asilos manicomiales [...] cuando el sujeto a tratamiento esté corregido y cuando deje de ser peligroso, deberá ser reintegrado a la vida social”, JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *El derecho penal del futuro* en «El mundo de la posguerra», Editorial Mundo Atlántico, Argentina, 1948, p. 51 a 53.

especial positiva esté asociada en forma inseparable al positivismo. En este sentido, se advierte que la posición de Gargarella presenta diferencias marcadas con el positivismo, fundamentalmente, por la concepción de personalidad de la que parte. En la postura de Gargarella, las personas son agentes morales autónomos y el sistema político debe garantizarlo. El sistema de respuesta ante hechos conflictivos no puede negar estar autonomía y, por lo tanto, las medidas de respuesta deben tratar de persuadir a las personas que deben cambiar su comportamiento. En cambio, el positivismo suponía que las personas no eran autónomas, por razones físicas, psíquicas o sociales, y trataba de desarrollar respuestas a los delitos que no respetaban esa autonomía<sup>17</sup>. Probablemente, por carencias científicas, terminó cayendo en mecanismos de castigo similares a la prisión<sup>18</sup>. Pero creo que un positivista se hubiera conformado con otros tipos de tratamiento como el de la “Naranja mecánica” o uno menos lesivo (supongamos una inyección). A un positivista no le importa convencer al individuo, darle buenas razones, sino que las trata de imponer<sup>19</sup>. Lo cual, es bastante razonable, ya que considera que a las personas que no sufren las imposiciones de los positivistas, sufren otras imposiciones de su propia naturaleza física o psíquica o de su medio, que los hace comportarse “mal”. Justamente, en la película la “Naranja mecánica”, hay una escena muy interesante entre un cura que cuestiona el tratamiento, porque el protagonista comienza a portarse “bien” para evitar una coacción interna, no porque obedece a una norma moral.

---

17. «El positivista intenta explicar científicamente el delito pensando en un tipo de acción social que tiene las mismas cualidades (ni más ni menos) que las cosas o los objetos del mundo natural. Teniendo esto presente, priva a la acción de todo significado, de toda elección moral y de creatividad. Para poder estudiar científicamente el comportamiento, este debe ser similar al mundo no humano, este debe estar dominado determinísticamente por reglas semejantes a las leyes, debe ser cosificado, es decir, tener las cualidades de las ‘cosas’», TAYLOR, Ian, WALTON, Paul y YOUNG, Jock, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Amorrortu editores, Argentina, 1997, p. 41.

18. Al respecto, José Ingenieros expone que “los delincuentes” deben ser reformados en instituciones carcelarias con una permanente instrucción religiosa y moral y la posibilidad de acceder al trabajo. Ver *Criminología*, Ed. Hemisferio, Buenos Aires, 1916, p. 233. Incluso era un movimiento crítico de la prisión. Lombroso señalaba que “puede deducirse la conclusión paradójica de que la cárcel apenas produce el efecto de intimidación y de horror que se persigue [...] ¿No es una locura pretender inculcar la sociabilidad en el hombre, dándole únicamente la celda, es decir, lo contrario de la vida social, levantándole hasta las apariencias de una gimnástica moral, regulando de la mañana a la tarde los menores detalles de su jornada, todos sus movimientos y hasta sus pensamientos? ¿No es esto colocarlo fuera de las condiciones de existencia y alejarlo de la libertad para la cual se pretende prepararlo? ¡Ah! Bajo el pretexto de moralización, se encierra entre los cuatro muros de una celda a un robusto campesino, acostumbrado al aire de los campos y a los rudos trabajos de la campiña; se le da una ocupación cualquiera, nada que represente un gasto suficiente de energía física; se lo entrega a los guardianes que, en muchas ocasiones, le son socialmente inferiores; se lo abandona a esta suerte durante largos años, y cuando el cuerpo y la inteligencia han perdido su agilidad, ábrese la puerta de su prisión para lanzarlo debilitado y desarmado, a la lucha por la vida, sin tener en cuenta que, a la larga, toda pena consume y que los días transcurridos en la prisión engendran un hábito, el de la menor acción positiva”, *Los criminales*, Ed. La Nave, Buenos Aires, 1959, p. 37.

19. “El condenado, en otros términos, el hombre juzgado demasiado peligroso para ser puesto en libertad, permanecería en la prisión, no durante un tiempo determinado de antemano; ni más o menos caprichosamente calculado, según la relativa gravedad de su falta, sino hasta borrar lo que pudiéramos llamar su *mancha moral*. La detención prologaría, en tanto que él, con su trabajo, reparase el daño causado por su delito, así social como privadamente; hasta que él mismo se *rehabilitase*, hasta que buscara por sí su propia libertad”, LOMBROSO, César, *Los criminales*, ob. cit., p. 39.

Sin embargo, la postura de Gargarella encierra un peligro compartido con el positivismo, ya que considera a las medidas de respuesta al crimen como un “bien” para el individuo. Por ejemplo, si se adopta la probation y se le brinda al individuo una capacitación laboral, indudablemente consideramos esta medida como positiva, no se le está provocando un daño. En el mismo sentido, los positivistas consideraban a su tratamiento como una cura y esto les permitía relajar todos los tipos de controles jurídicos. ¿Para qué vamos a controlar con intensidad una actividad que produce un “bien” al individuo?<sup>20</sup> Es indudable que los mecanismos de control jurídico de una escuela son menores o son distintos que los que deben existir en una cárcel. El hecho de asumir que la respuesta al hecho conflictivo es un “mal”, al menos nos asegura que tratemos de monitorear con la mayor intensidad posible esa situación para evitar abusos y desarrollemos mecanismos de control permanentes (jueces, defensores, fiscales). Cuando se asume que la respuesta tiene características positivas e inclusivas, probablemente, se reduzcan los mecanismos de control o se establezcan criterios más flexibles. Desde ya, en abstracto, uno aceptaría una respuesta con características positivas (por ejemplo, dar educación o capacitación a una persona) antes que una medida con características negativas (por ejemplo, encerrarlo en una prisión). Pero, el miedo se genera cuando mediante eufemismos se les da discursivamente características positivas a respuestas materialmente negativas<sup>21</sup>. Esto ocurrió con el Derecho penal de menores en la Argentina y en otros países americanos desde fines del siglo XIX y durante gran parte del siglo XX<sup>22</sup>. Entonces, se aplica una medida perjudicial (internación) con menores controles jurídicos y los operadores cuentan con una legitimidad muy intensa de sus acciones, ya que actúan en aras de realizar el “bien personal”. Por ejemplo, si la respuesta es la asistencia a una institución educativa, nadie se opondría, ni se preocuparía demasiado en controlar que no se cometan abusos, ya que suponemos que no es un ámbito violento. Pero si esa institución funciona como una cárcel, tenemos un problema, sino no se le reconoce tal condición y no existen fuertes y permanente mecanismos de control.

Desde ya uno no puede negar que el sistema penal, teniendo en cuenta sus prácticas, ejerce violencia personal en forma desmedida. Resulta difícil no calificar como torturas y tratos inhumanos la situación en la que se ven alojados las personas privadas de su libertad en la Argentina, gran parte de ellas meramente procesadas. De todos modos, hay que tener en cuenta que en el plano normativo se establecen una serie de garantías procesales

---

20. En relación con esta problemática de la teoría de la prevención especial positiva, Zaffaroni ha considerado que “En el plano teórico este discursos parte del presupuesto de que la pena es un *bien para quien la sufre*, sea de carácter moral o psicofísico. En cualquier caso, oculta el carácter *penoso* de la pena y llega a negarle incluso su nombre, reemplazándolo por *sanciones y medidas*. Si la pena es un bien para el condenado, su medida será la necesaria para realizar la *ideología re* que se sostenga y no requerirá de otra límite”, ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 60.

21. Muchos de los mayores abusos se cometieron con el discurso de protección. Resulta gráfico un pasaje de “Viaje al fin de la noche” de Ferdinand Celine «Os lo digo, infelices, jodidos de la vida, vencidos, desollados, siempre empapados de sudor; os lo advierto: cuando los grandes de este mundo empiezan a amaros es porque van a convertirlos en carne de cañón».

22. Para una descripción del sistema tutelar ver PLATT, Anthony M., *Los «salvadores del niño» o la invención de la delincuencia*, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2001. En nuestro medio, puede consultarse, BELOFF, Mary, *Un modelo para armar y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular* en *Los Derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

y sustanciales (ley previa, culpabilidad, lesividad, debido proceso, defensa), lo cual puede reducir y limitar con cierta racionalidad el poder punitivo. Por ello, lo que hay que evitar es que las prácticas lleven a que las sanciones inclusivas impliquen la aplicación material de sanciones penales y, a su vez, la privación de las garantías. Claramente, esto nos pondría en una peor situación que con nuestro Derecho penal.

Por otro lado, quiero resaltar que en algunas situaciones conflictivas, la retirada punitiva del Estado no significa siempre una menor violencia interpersonal. Estoy pensando en concreto en casos de violencia y abuso sexual en el ámbito doméstico, en donde se pueden llegar a dar conductas de intensa y persistente violencia interpersonal similares a la tortura<sup>23</sup>. Por ende, hay que tener extremo cuidado al momento de determinar la forma en que va a intervenir el Estado en estos casos, la mera retirada del sistema punitivo con sanciones excluyentes no basta por sí sola para reducir la violencia interpersonal. Por otra parte, no siempre es posible aplicar la justicia restaurativa mediante una mediación entre partes cuyo poder es extremadamente desigual.

## Comunidad y derecho penal

El último aspecto que desarrolla Roberto Gargarella es la función que desarrolla la sanción penal en la construcción de la comunidad. En este sentido, considera que la sanción procura comunicar y persuadir respecto a la importancia de ciertos valores comunitarios.

En general, a los penalistas se nos eriza la piel cada vez que escuchamos la palabra “comunidad”. Lo cual, se justifica en que los mayores abusos se cometieron en nombre de comunidad, basta recordar la ley de “extraños a la comunidad” sancionada durante el régimen nazi<sup>24</sup>. Cada vez que se apeló a la protección de la comunidad moral se tipificaron

---

23. En relación con la forma de ejercicio del poder en el ámbito familiar, SEGATO, Rita, *Las estructuras elementales de la violencia*, Ed. Prometeo, 2003, p. 11.

Otro ejemplo que me viene a la mente es la historia del libro “Desgracia” de J. M. Coetzee. En este libro, el protagonista y su hija sufren un terrible ataque violento por parte de un grupo de personas de origen africano. El protagonista ve como le roban su auto, le queman la cara y violan a su hija. Sin embargo, la hija no quiere que intervenga el Estado, se justifica diciendo que “Quieres saber por qué no he puesto en conocimiento de la policía una acusación en particular [...] La razón es bien sencilla: por lo que a mí respecta, lo que me sucedió es un asunto puramente privado. En otra época y en otro lugar, tal vez pudiera exponerse a la consideración de la comunidad, e incluso ser un asunto de interés público. Pero en esta época y en este lugar, no lo es. Es un asunto mío y nada más que mío [...] La culpa y la salvación son abstracciones. Yo no actué de acuerdo a con meras abstracciones”, Esta falta de intervención del Estado no implica un menor sufrimiento interpersonal. En particular, la hija del protagonista expresa que “—Estoy de acuerdo: es humillante, pero tal vez ese sea un buen punto de partido. Tal vez sea eso lo que debo aprender a aceptar. Empezar de cero, sin nada de nada. No con nada de nada, sin nada. Sin nada. Sin tarjetas, sin armas, sin tierra, sin derechos, sin dignidad. —Como un perro. —Pues sí, como un perro”.

24. La fundamentación del régimen de los extraños a la comunidad expresaba que “La experiencia de decenios enseña que la criminalidad se alimenta continuamente de las raleas (Sippen) menos valiosas. Los miembros concretos de estas raleas se encuentran siempre con los miembros de otras igualmente provocando así, que lo que menos vale no sólo se herede de generación en generación, sino que frecuentemente se expanda en la delincuencia. La mayoría de esta gente ni quieren ni son capaces de integrarse en la comunidad. Llevan una vida extraña a la idea de comunidad, carecen incluso del sentimiento comunitario, a menudo son incapaces o incluso enemigos de la comunidad y en todo caso extraños a la comunidad (Gemeinschaftsfremde) [...] el orden social requiere una base jurídica para poder controlar coactivamente de manera suficiente a estos extraños a la comunidad más allá de las posibilidades que ofrece el Derecho



conductas que no afectaban ningún bien jurídico, entendiendo este como un derecho individual o colectivo. De allí que se ha dificultado al extremo para los penalistas justificar el castigo en una sociedad liberal sin apelar al fortalecimiento de vínculos comunitarios, debiendo recaer en el retribucionismo donde no se le asigna ninguna función positiva<sup>25</sup> o en la prevención general negativa donde se mediatiza a las personas<sup>26</sup>. Creo que en este punto, Gargarella ha tratado de brindarnos una razón válida en una sociedad democrática para responder a la pregunta “¿Para qué aplicamos sanciones penales?”.

Sin embargo, creo que se puede ahondar en esta relación derecho penal y comunidad. En primer lugar, debe reconocerse que un derecho penal con mayores garantías procesales y sustanciales, con sanciones inclusivas y de alcance mínimo no desincentiva la construcción de una comunidad democrática. Por el contrario, la construcción de una

---

de asistencia [...] Pero al Nacionalsocialismo no le preocupa el individuo en absoluto cuando se trata de la comunidad [...] Pero para los extraños a la comunidad, que sólo producen daño a la comunidad del pueblo, no es necesario la asistencia, sino la coacción policial que pretende, o recuperarlos con las medidas adecuadas, o evitar que produzcan nuevos daños en el futuro. El fundamento de ellos es la protección de la comunidad [...] Para ello se piensa en primera línea en la vigilancia policial, una vigilancia que se entiende con imposición de especiales tareas, mandatos y prohibiciones. Cuando estas medidas de vigilancia no sean suficientes, el Proyecto crea la base jurídica para que estos extraños a la comunidad sean internados en centros públicos de asistencia. Pero si tampoco este internamiento fuera suficiente, el extraño a la comunidad será internado en un campo de concentración (Lager) de la policía.”, Muñoz Conde, Francisco, *La otra cara de Edmund Mezger: su participación en el proyecto de ley sobre gemeinschaftsfremde (1940-1944)* en “Revista de Derecho Penal. Garantías constitucionales y nulidades procesales”, 2001-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2001, 677 a 680.

25. IMMANUEL KANT sobre la base de una teoría absoluta sostiene que la pena “no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable ó de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable *por la sola razón de que ha delinquido*; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural innata le garantiza contra tal ultraje”, *Principios metafísicos del Derecho*, traducción de G. Lizarraga, imprenta de José María Pérez, Corredera Baja 27, España, 1873, p. 195.

26. Uno de los mayores esfuerzos en la teoría liberal moderna lo realiza Ferrajoli combinando la prevención general negativa y la protección del autor de las respuestas de las víctimas y de su grupo de pertenencia, lo cual asume cierto paternalismo. En relación con la protección del autor del delito afirma que “Hay sin embargo otro tipo de fin al que cabe ajustar el principio de la pena mínima, y es la prevención no ya de los delitos, sino de otro tipo de mal antitetico al delito que suele ser olvidado tanto por las doctrinas justificacionistas como por las abolicionistas. Este otro mal es la mayor reacción -informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal- que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella. Es el impedir este mal, del que sería víctima el reo o incluso personas ligadas a él, lo que representa, me parece, el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal. Pretendo decir que la pena no sirve sólo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos; que no se amenaza con ella y se la impone sólo ne peccetur, sino también ne punietur; que no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas”, FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, traducción de Perfecto Ibañez y otro de *Diritto e Ragione*, Editorial Trotta, España, 1995, p. 332

Otro gran esfuerzo es realizado por Nino con su teoría consensual, que nos explica porque una persona que está en una sociedad debe aceptar ser castigada, pero no nos dice para qué castigamos. Al respecto sostiene que “El individuo que lleva a cabo un acto voluntario -un delito-, conociendo que la pérdida de su inmunidad jurídica respecto de la imposición de una pena es una consecuencia necesaria de ese acto, presta su consentimiento para esa consecuencia normativa, del mismo modo que una de las partes de un contrato presta su consentimiento para las consecuencias normativas que se desprenden del contrato. Este consentimiento, mediante el cual la persona acepta estar sujeta a la imposición jurídica de una pena tiene, al igual que en el caso de los contratos y de la aceptación del riesgo, carácter irrevocable, y es independiente de la actitud del agente respecto del evento que constituye el objeto de la caracterización normativa”, Nino, Carlos. Una teoría consensual de la pena, traducción Gabriela Haymes, mimeo.

comunidad democrática se dificulta, a pesar del efecto comunicacional, cuando se aplican sanciones excluyentes o injustas por haberse violado las garantías. En conclusión, el sistema penal puede dificultar la constitución de una comunidad democrática.

Otro punto a desarrollar es que tradicionalmente la teoría liberal establece dos límites a la creación de leyes penales: La legalidad y la lesividad. El primero significa que la ley penal, que dispone las conductas prohibidas y las sanciones penales, debe ser establecida por el Poder Legislativo. Lo cual exige que exista una deliberación pública y se genere cierto grado de consenso sobre la necesidad de reprochar penalmente estas conductas. El segundo límite es la exigencia de que la conducta lesione o ponga en peligro un bien jurídico. Las posiciones más extremas identifican bien jurídico con el concepto de derecho, algunos hasta formulan que debe ser un derecho humano o un derecho constitucional<sup>27</sup>. Por ende, sólo se puede prohibir conductas que provoquen daños o peligros a los derechos. Con esto se quiere evitar la prohibición de establecer delitos abstractos, reprimir conductas autolesivas o criminalizar meras desobediencias a normas estatales. Estos son las herramientas del liberalismo para frenar la inflación penal, es decir, la continua creación de nuevos delitos amplificando el campo de aplicación del poder punitivo estatal. Sin embargo, el auge de los derechos que son reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, incluso los que tienen carácter fundamental y la liviandad que tiene la deliberación pública cuando se discute la creación de delitos penales debido a que no implican directamente una mayor asignación presupuestaria, ha demostrado que no han servido para contener la inflación penal.

Creo que al reconocer que el Derecho penal se justifica porque trata de persuadirnos respecto a la necesidad de obedecer ciertos valores para constituir una comunidad democrática se le da una mayor sustancialidad a ambos principios liberales. Es que resulta necesario que la sanción penal reproche una conducta que realmente ponga en riesgo valores de relevancia en nuestra comunidad, no basta sólo con que afecte un derecho fundamental. Desde ya, decidir cuáles son estos valores nos retroceden al primer tema, ya que es necesario un debate democrático, en el cual, los penalistas somos sólo una voz más entre tantas otras.

---

27. Se ha sostenido con cita en Luigi Ferrajoli que "la Constitución establece en su artículo 19 un principio claro en punto a la punibilización primaria. Es decir que el legislador sólo está habilitado para criminalizar conductas en tanto y en cuanto estas lesiones en modo grave derechos subjetivos constitucionales cuya titularidad activa le corresponde a 'personas de carne y hueso'", Finkelstein Nappi, Juan Lucas, *Sistema penal, Estado Constitucional de Derecho y bien jurídico afectado. Aproximaciones para un cambio de paradigma desde una perspectiva crítica*, Revista Lecciones y Ensayos, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 260.