
Las dos almas de Antony Duff y el lugar del pueblo en el derecho penal

Gustavo A. Beade*

Hace un tiempo que Roberto Gargarella apoya muchos de sus pensamientos sobre el castigo y el uso del derecho penal en los textos del filósofo Antony Duff. La influencia del pensamiento de Duff en los escritos de Gargarella es muy notoria en muchos aspectos. Según Gargarella, Duff representa, en la literatura actual, el mejor intento de articular cuestiones básicas del derecho penal y la teoría democrática.

Sin embargo, Gargarella tiene dudas sobre el modo en el que funcionan juntos estos dos aspectos teóricos en algunos textos de Duff. Gargarella cree que en Duff, en particular en su teoría comunicativa del castigo, conviven un alma democrática y un alma liberal que, a veces, entran en tensión. En el capítulo 7 de *Castigar al prójimo*, Gargarella caracteriza estas dos almas de Duff y presenta una serie de dudas sobre algunos problemas puntuales. En este comentario, me concentro en cuestionar algunas de esas dudas y relativizar algunas de esos problemas que señala Gargarella. Primero, veamos cómo caracteriza Gargarella las dos almas de Duff.

I. El alma democrática

Según Gargarella, el alma democrática de la teoría comunicativa de Duff está construida por un ideal básico: una concepción participativa y deliberativa de la democracia. Este ideal está bien presentado en diferentes aspectos de la tesis de Duff. Estos son puntos del trabajo de Duff con los que Gargarella claramente simpatiza y que ha defendido en una gran cantidad de trabajos anteriores.¹ Duff piensa que, en un tipo de comunidad ideal, los ciudadanos tendríamos que poder participar en un proceso democrático en el cual decidimos qué conductas deberían estar prohibidas y criminalizadas penalmente. Esta participación nos aseguraría cumplir con dos objetivos básicos: el primero es tener la certeza de que las normas penales que vamos a construir estén formuladas en un lenguaje claro y accesible para el resto de los ciudadanos legos. El segundo aspecto se vincula con algo más importante

¹ Véase, entre otros, Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008.

y es que nos garantizamos que la participación no excluya voces importantes al momento de crear normas penales.

Estos dos objetivos básicos tienen algunas buenas consecuencias en nuestra comunidad ideal. Si los candidatos principales a ser afectados por las normas pueden expresarse y hacer oír su voz al momento de crear una norma, dice Duff, entonces el vínculo entre la norma y el ciudadano será diferente. Así, por ejemplo, si yo participara en este proceso constitutivo de las normas penales y luego un juez quisiera hacer efectiva esa ley contra mí, supongamos que cometí una infracción penal, mi participación previa habrá sido importante si consigo escuchar mi voz en la voz de la ley que se me quiere aplicar. Es decir, es posible que me identifique con esa norma que apoyé y que acordé sancionar. De lo contrario, si nunca tuve ninguna posibilidad de participar e intervenir en la creación de esas normas la voz de esa ley me sonará extraña y tengo razones para preguntarle al juez: ¿quién es usted para inculparme? Esta limitación en la participación, claramente, afecta la legitimidad de una comunidad para inculpar y castigar penalmente. Para Duff, el modo en el que construimos las leyes penales es muy importante y tiene como consecuencia satisfacer uno de los pre-requisitos de la responsabilidad penal. Vuelvo sobre esto último en un momento.

188

Por otra parte, según Duff, el derecho debe *ser de los miembros de la comunidad* pero no en un sentido metafórico sino como “derecho común”. Es decir que no debe ser un conjunto de órdenes impuestas sobre la comunidad desde el exterior sino un derecho que exprese los valores por los cuales se definen a sí mismos como una comunidad política. Lo que pretende Duff no es una ley emitida por un soberano que demanda su obediencia sino una ley que hable en su propia voz colectiva y en términos de sus propios valores². Así, los ciudadanos pueden escuchar el lenguaje del derecho como uno que podría ser suyo, en el que podrían hablar. Si esto no fuera así, el lenguaje resultaría normativamente inaccesible para los más desaventajados y no tendrían motivos para sentirse compelidos por él. Según Gargarella, la insistencia de que el pueblo vea al derecho como propio, le da un lugar importante al juicio por jurados. Pensar en el uso del jurado nos presenta como “intérpretes y ejecutores de la ley: los ejecutores principales de la obra”³. Si nos imaginamos como miembros del jurado, como nos propone Duff, dice Gargarella, estamos obligados a preguntarnos qué podríamos decirle a una persona que ha sido sistemáticamente excluida de nuestra comunidad y además debemos pensar si podríamos mirarlo a los ojos y condenarlo por su crimen⁴. Gargarella vincula estos puntos con otros que Duff ha trabajado sostenidamente y que se relacionan con su visión del derecho

² Gargarella, Roberto, *Castigar al prójimo*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 174.

³ *Ibid.*, p. 176.

⁴ *Ibid.*

penal. El derecho penal que nos propone Duff no intenta enfocarnos sólo en qué es y qué no es injusto sino también en la pregunta sobre “frente a quien o a qué somos responsables por las ofensas que cometemos”⁵. Esta última parte, se relaciona con aquello que mencioné hace un momento: las precondiciones de la responsabilidad penal. La comunidad no podría exigirle a quien cometió una falta que rinda cuentas de sus actos si su *status moral* para inculpar está severamente limitado por sus propias conductas previas. Si la comunidad, en cuyo nombre hablan, ha fallado notablemente en la tarea de tratar a quienes cometieron faltas con igual consideración y respeto no podrán reclamar el derecho de llamarlos a rendir cuentas luego de no haber respetado esos valores encarnados en “nuestro” derecho penal.

Hasta el momento la simpatía de Gargarella por el alma democrática es evidente. Creo que Gargarella estaría bastante satisfecho con una teoría que se sostuviera sólo sobre estos principios que exigen circunstancias particulares para que el derecho, y en particular el derecho penal, sea legítimo. Sin embargo, Gargarella ve serios problemas para vincular esta alma democrática, participativa, exigente con la legitimidad que debe tener el uso del derecho penal y su alma liberal. Veamos cómo presenta y qué críticas tiene Gargarella sobre el alma liberal de Duff.

II. El alma liberal

189

Según piensa Gargarella, esta parte del alma de Duff está compuesta por valores típicamente liberales que incluyen la autonomía, la libertad y la privacidad. La defensa de estas ideas dentro de lo que Duff llama una “comunidad liberal” parece incomodar las intuiciones que Gargarella tiene sobre los vínculos entre comunidad y liberalismo. Históricamente, en la filosofía política hubo un debate –ya clásico– entre comunitaristas y liberales que permitió establecer ciertas diferencias claras que, según Gargarella, la propuesta de Duff no logra compatibilizar.⁶ Mientras el comunitarismo propone pensar en intereses comunes, reflexionar de un modo no individualista, el liberalismo traza una línea bien clara entre nosotros y el resto. Duff sostiene, creo que de una forma plausible, un vínculo entre aquello que nos importa, las obligaciones que tenemos sobre nuestros conciudadanos y los límites que podemos establecer para no invadir la autonomía de otros. Según Duff, los valores de la autonomía, la libertad, la privacidad y el pluralismo son relevantes para que una comunidad sea liberal, pero además de estos, sus miembros compartirán otros valores que ayudarán a constituirlos como comunidad. Entre los que destaca Duff se encuentran los valores políticos y procedimentales de la democracia liberal,

⁵ *Ibid.* p. 177.

⁶ Una introducción a esta discusión en Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Buenos Aires, Paidós, 1999.

valores del bienestar y otros valores referidos a las relaciones de la comunidad con los no miembros⁷.

Una de las formas más interesantes que toma Duff para presentar su ideal de comunidad aparece cuando piensa el modo en que debemos decidir qué conductas vamos a criminalizar y qué conductas no. Para eso realiza una distinción básica (y por demás tradicional)⁸ entre los delitos *mala in se* y los delitos *mala prohibita*.⁹ Los delitos *mala in se* son aquellos delitos que son malos en todos lados y que, por esta razón, son castigados penalmente. La creencia compartida de que matar, robar, violar son actos malos aquí y en todos lados constituye un núcleo central de los sistemas penales que conocemos. Los delitos *mala prohibita*, en cambio, son aquellas conductas que serán delitos luego de que una comunidad decida criminalizarlos. Duff entiende que las comunidades deben poder decidir sobre este asunto y además decidir que una conducta podría ser criminalizada siempre y cuando sea un *mal público*. Según Duff, los *males públicos* son aquellas conductas que nos preocupan y que además son un asunto que nos importa a todos. Es decir que para justificar la criminalización de una determinada conducta debemos poder estar seguros de que se trata de un asunto de todos los miembros de la comunidad y no un asunto privado (esto es un *mal privado*). Vuelvo sobre esta distinción en la siguiente sección.

190

Para Gargarella, el liberalismo de Duff se presenta claramente con un enfoque kantiano pese a que Duff intenta presentar a la “voz de la comunidad” como una voz en “primera persona del plural” es decir, no en términos individualistas. Esta voz, según Gargarella sigue siendo kantiana y nunca se acerca a Rousseau (que, según él, sería lo esperado para este tipo de aproximación comunitarista). Pero además, las referencias a la voz de la comunidad no presuponen que de hecho el pueblo *hable* cuando es momento de tomar las decisiones más relevantes sobre aspectos del derecho penal. En este punto, la decisión sobre cuáles son los delitos *mala prohibita* son un problema para Gargarella. Según él “los miembros de la comunidad tienen un rol extremadamente limitado en cuanto al reconocimiento y definición de qué conductas constituyen ofensas públicas, es decir ofensas contra la comunidad”¹⁰. Este enfoque, piensa Gargarella, no es particularmente sensible a los entendimientos compartidos de la comunidad o hablar del derecho penal organizado de este modo como un derecho penal que habla con la voz del pueblo.

También es un problema apelar a la idea de *males compartidos* que sostiene Duff

⁷ Gargarella, *supra* nota 2, p. 179.

⁸ Reconocida por ejemplo en Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Auflage, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960, p. 2.

⁹ Sobre esta distinción véase Duff, Antony, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, y Husak, Douglas, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2008.

¹⁰ Gargarella, *supra* nota 2, p. 182.

(en sus trabajos con Sandra Marshall).¹¹ La idea de que tenemos *males compartidos*, sencillamente, es la siguiente: según Duff y Marshall algunos delitos deben verse como ofensas contra grupos enteros. Así, una agresión sexual puede verse como un ataque contra las mujeres y no meramente como un ataque individual contra una de ellas, siempre que puedan asociarse e identificarse con la víctima individual. Esto es así porque se definen a sí mismos como un grupo, en términos de una identidad compartida, valores compartidos, cuidado mutuo y, también, peligros compartidos. Sin embargo, Duff y Marshall aclaran que la ofensa no deja de ser sobre la víctima sino que además es sobre nosotros: nos identificamos con ella. Como compañeros y personas que compartimos esos valores afectados debemos poder tomar esta agresión como algo que nos afecta colectivamente. Para Gargarella la idea es atractiva pero también algo imprecisa. Por esto, señala: “¿Cómo sabemos que el grupo entero comparte esos valores, preocupaciones e identidades? ¿Que están preparados para darle relevancia a esa ofensa en particular al tratar los alcances del derecho penal? ¿Qué ofensas deben ser entendidas como ofensas contra nosotros?”¹². Si lo que pretendemos, dice de nuevo Gargarella, es expandir los alcances de la democracia dentro del derecho penal el resultado parece frustrante.

A una conclusión similar llega cuando se refiere al ámbito judicial. En la práctica que nos presenta Duff, los entendimientos compartidos de la comunidad, sus reclamos deliberados y sus valores más profundos parecen silenciados por la tarea de los jueces quienes son los encargados de articular los valores presentes en la comunidad. Según interpreta Gargarella, los jueces no sólo deliberan en aislamiento sobre esos valores, sino que también es su deber precisar en qué consisten tales valores, cuál es su significado. Este resultado, para Gargarella, vuelve a ser decepcionante para sus legítimas expectativas deliberativistas. De este modo, el alma liberal de Duff se parece bastante al liberalismo penal que critica en los capítulos previos del libro.

Pienso que Gargarella quiere, a través de esta serie de argumentos, llevar a Duff al rebaño de los penalistas elitistas que criticó (con buenas razones) durante el resto del libro. Sin embargo creo que, por un lado, la tesis de Duff no puede ser asimilada tan rápidamente a las de otros teóricos penales; por el otro, pienso que es posible defender muchos de sus puntos de partida y acercarlo aún más a las ideas que Gargarella quiere defender a lo largo de todo el libro. Me dedico a eso en las páginas siguientes.

¹¹ Duff, Antony y Marshall, Sandra, “Criminalization and Sharing Wrongs”, en *Canadian Journal of Jurisprudence*, 1998, 11, pp. 7-22.

¹² Gargarella, *supra* nota 2, p. 181.

III. La teoría comunicativa y la deliberación democrática

Como señalé al comienzo, Gargarella comienza el capítulo elogiando y reconociendo la influencia del trabajo de Duff pero luego muestra ciertas dudas sobre problemas puntuales que me interesa defender en lo que sigue. Voy a dividir esta defensa del trabajo de Duff en tres partes. En la primera parte voy a presentar, brevemente, algunos puntos de la teoría comunicativa del castigo de Duff y tratar de mostrar los vínculos que puede tener con algunos aspectos de la democracia deliberativa. En la segunda parte, me concentro en mostrar una interpretación plausible de la comunidad liberal de Duff y en la última parte señalo algunos posibles objeciones que Gargarella podría presentar (pero que aún no presentó) contra la tesis de Duff.

1. Teoría comunicativa del castigo

192 En una comunidad de iguales, como la que imagina Duff para pensar esta teoría, sus miembros deben poder participar de la construcción de las normas penales que van a regirlos. Es decir, la participación de la comunidad en la creación de normas garantiza que el castigo tenga una legitimidad basada en la participación previa de todos y cada uno de los posibles afectados. En este sentido, como bien señala Gargarella, el lenguaje que debe utilizarse, la garantía de la participación democrática y la posibilidad de discutir qué conductas deben ser parte del derecho penal son muy importantes. Si nosotros podemos participar y decidir qué debe ser parte del derecho penal, todo puede ser pensado de otra manera. Bajo este mismo presupuesto, la interpretación de *nuestras* leyes va a estar dada por el sentido que le otorguemos y también por lo que hagan los jueces y fiscales que elijamos. Ellos deberán ser nuestros representantes y los defensores de los valores de la comunidad porque, en definitiva, serán miembros de la comunidad. La pertenencia a la comunidad será no sólo en términos formales sino como *uno de nosotros*, esto es, ciudadanos que formaron parte y contribuyeron a diseñar *nuestras* reglas de comportamiento.

Si podemos entender esto del modo en que lo sugiero, la idea que tiene en mente Duff para los juicios penales –llamar a los ciudadanos a rendir cuentas por sus actos ante sus conciudadanos– cobra un sentido más profundo. Quienes participen en un juicio e interpreten las leyes harán la mejor interpretación posible de acuerdo a las razones que teníamos cuando decidimos criminalizar determinadas conductas. Es decir que la creación de las leyes penales, su interpretación y aplicación están guiados por esos principios democráticos que mencioné al principio. Si una comunidad puede decidir mediante un proceso de deliberación amplia –y que no excluya ninguna voz– qué conductas serán parte de *su* derecho penal y qué conductas no lo serán, habremos dado un enorme paso hacia los ideales que Gargarella

defiende durante todo el libro: un derecho penal que *prima facie* satisfaga ciertas pre condiciones para responsabilizar a los miembros de una comunidad política, *i.e.* un derecho penal con una legitimidad más amplia.

Sin embargo, una de las reservas que Gargarella tiene sobre la teoría comunicativa del castigo es que si esta tesis está asociada con la democracia deliberativa no podría reflejar las aspiraciones profundas y compartidas que una comunidad democrática puede razonablemente albergar. Creo que el problema más importante que no logra convencer a Gargarella es que existan presupuestos no abiertos a la discusión: la posibilidad de castigar a otro y que existan dos variantes establecidas como los delitos *mala in se* y los delitos *mala prohibita*. Empiezo con la primera cuestión.

Una teoría comunicativa del castigo, como la que propone Duff, se apoya en ideas tradicionales asociadas al castigo retributivo como la censura y el merecimiento. Sin embargo, la tesis tiene un elemento distintivo que es la comunicación. Duff construyó lentamente esta tesis que comenzó con la idea de que la comunidad le exprese al ofensor el desacuerdo con su conducta mediante la inculpación y luego la censure públicamente a través del castigo merecido¹³. Esta primera aproximación fue variando de la expresión hacia la comunicación con la intención de que el intercambio se parezca mucho a un diálogo en el que el intercambio de razones entre perpetrador y víctima permita lograr una mejor respuesta para la comunidad.¹⁴ De este modo, le comunicamos al ofensor (y al resto de nuestros conciudadanos) que lo que hizo era algo que nos habíamos comprometido a no hacer. Esta es una comunicación (y no una mera expresión de censura) porque la tesis de Duff intenta fomentar el diálogo entre el ofensor y el resto de la comunidad. A través de este diálogo esperamos poder entender y convencer al agresor para que se arrepienta y, de ser posible repare el daño causado. También podemos escuchar lo que el ofensor tiene para decir: en algún caso tendrá una justificación o una excusa que disculpe su comportamiento. Este tipo de castigo-comunicativo es muy distinto a las teorías del castigo tradicionales y el modo en el que se intenta “construir” el diálogo debería parecerle a Gargarella una idea muy atractiva. Pese a ello, como señalé hace un momento, es posible que Gargarella piense que la misma posibilidad de castigar debe ser algo abierto a la discusión. Entonces existiría una inconsecuencia en pensar que una teoría del castigo puede ser elegida democráticamente si la comunidad que la acepta no considera la posibilidad de prescindir del castigo.

Creo que es probable que existan circunstancias en las que una comunidad decida que no es necesario castigar tal o cual conducta. Me parece que Gargarella apunta a esta circunstancia puntual y no pretende hacer un punto para favorecer una tesis abolicionista. Si bien, Gargarella muestra simpatías por el abolicionismo

¹³ Duff, A., *Trials and Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

¹⁴ Duff, A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

(sea lo que esto quiera decir actualmente) su punto se enfoca más en conseguir que el castigo sea legítimo y que se permitan excepciones o se limite el uso del castigo en determinados casos. Si esta fuera la idea yo estaría muy de acuerdo. Tendría alguna reserva puntual relacionada con el particular cuidado que habría que tener con las razones que tenemos para evitar el uso del derecho penal. No porque creo que el derecho penal sea valioso en sí mismo pero sí por otras razones que aquí no puede defender extensamente.¹⁵

Por otra parte, en las comunidades que conocemos es muy improbable que decidamos que no vamos a castigar ningún delito. En particular, pienso que las comunidades en las que vivimos se basan en la inculpación, esto es, culpamos unos a otros por las cosas que hacemos. Le echo la culpa a mi compañero por mi retraso en terminar de escribir mi parte del texto y culpo por el fracaso del curso a la poca dedicación de los estudiantes. Si el castigo se basa en una teoría plausible de la inculpación, como creo, es muy difícil que pensemos en comunidades sin castigo. Sí, podemos pensar que en determinadas comunidades marcadas por la desigualdad las posibilidades de inculpar y castigar están limitadas por la falta del *status moral* para hacerlo. En determinadas circunstancias, algunas comunidades no están en la mejor posición para inculpar y castigar a otros. Pienso en comunidades en las que distintas decisiones de política económica han acorralado a una gran cantidad de ciudadanos que no tienen posibilidades de acceder a los derechos básicos (empleo, educación, vivienda, etc.) y que deciden reclamar por distintas vías su cumplimiento. Es posible pensar que en el marco de esas protestas se lleven a cabo conductas sancionadas penalmente como cortes de ruta, ocupación de fábricas y usurpaciones de terrenos públicos. La pregunta que debemos poder contestar es la siguiente: ¿Puede una comunidad que genera estas condiciones previas inculpar y castigar estas conductas? La lectura de todo el libro y de este capítulo particular nos indica que Gargarella piensa que no.¹⁶

Por otra parte, la distinción entre los delitos *mala in se* y los delitos *mala prohibita*, como señalé es bien conocida y no parece demasiado conflictiva (quizá sí, demasiado vaga). Existen conductas que son malas en sí mismas y que son reconocidas como delitos en la mayoría de los países que conocemos. Estamos de acuerdo que matar a otro es moralmente malo y creemos que no hay que matar otro independientemente de la regulación legal que lo castiga. Ahora bien, es

¹⁵ Durante mucho tiempo y hasta hace pocos años existía la posibilidad de que un violador pudiera evitar el castigo si la víctima aceptaba contraer matrimonio con él. Durante muchos años esto fue celebrado como un modo alternativo para resolver un conflicto penal sin apelar al castigo. Algunos años después nos damos cuenta que esto no era una buena idea y que sólo ampliaba los márgenes de desigualdad entre hombres y mujeres.

¹⁶ Intento seguir algunas de estas ideas en Gustavo Beade, ¿Quién puede culpar a quién? (Manuscrito no publicado).

cierto que los delitos *mala prohibita*, serán delitos de acuerdo a una decisión de la comunidad. Las dudas de Gargarella son entendibles pero las posibilidades de llegar a distintos acuerdos sobre qué debería ser un delito y qué no dependen de decisiones democráticas y de discusiones amplias sobre circunstancias particulares de cada conducta. Como ha ocurrido en algunos países conocidos, tener y usar determinadas drogas puede dejar de ser una conducta delictiva y transformarse en una actividad que puede organizarse de un modo legítimo. El lavado de dinero podría dejar de ser un delito y podría regularse de algún otro modo. Lo mismo podría pensarse de países que han establecido leyes penales que regulan especialmente y castigan con severidad la muerte de mujeres que son asesinadas por el hecho de ser mujeres.

Las modificaciones y las nuevas regulaciones que esto pudiera ocasionar dependen, obviamente, de lo que se decida en el debate democrático. Esto no debería ser un argumento sorpresivo para Gargarella. El insistió e insiste en ampliar los márgenes de la democracia siempre que estos incluyan una participación ciudadana amplia. Si, por ejemplo, en este último caso, hay reclamos permanentes, cuestionamientos a prácticas habituales, manifestaciones públicas, podríamos decir que la comunidad tiene una preocupación especial por la muerte de mujeres, pero también por modificar patrones de comportamiento basados en ciertos prejuicios sobre los roles de hombres y mujeres. También es posible pensar las muertes y, en general, la violencia contras las mujeres como un “mal compartido” en el sentido en el que lo proponen Duff y Marshall. En definitiva, esta distinción teórica nos permite establecer aquello que no queremos discutir porque tenemos acuerdos morales claros que incluyen el castigo para quienes matan, violan y roban, por ejemplo, y dejar abierta a la discusión democrática todas aquellas conductas que forman parte de decisiones en cada comunidad. Defender un núcleo central de conductas que deben ser criminalizadas no me parece que sea una razón para pensar que la discusión democrática es limitada. Por lo demás, la amplitud que se presenta en los delitos *mala prohibita* nos obliga a comprometernos en la discusión para lograr que ciertas conductas que nos parecen inaceptables sean criminalizadas. En ese camino podemos ganar o perder en la discusión pero debemos tener en claro que ese debería ser el camino que tenemos que intentar para convencer a quienes no hemos podido persuadir de nuestros juicios morales.

Hasta aquí presenté algunos (muchos) puntos de acuerdo entre Gargarella y el alma democrática de Antony Duff. En lo que sigue, me encargo de presentar una posible interpretación de la idea de comunidad liberal e intento relativizar algunas de las críticas de Gargarella hacia el alma liberal de Duff.

2. Una comunidad liberal

Entiendo que una comunidad liberal puede ser aquella que encuentra límites en algunos principios básicos del liberalismo y que, creo, es bastante razonable

en determinados contextos en los que los intereses de la comunidad no son tan importantes como para sobrepasarlos. Pienso en algunas situaciones en las que ese límite puede verse más nítidamente, en particular, en comunidades pequeñas. Podría pensar en casos conocidos y en situaciones familiares en donde algunas de estas cuestiones podrían aplicarse sin demasiados problemas. Sin embargo, quisiera intentar presentar dos ejemplos, algo diferentes, para intentar mostrar este mismo punto.

Durante los últimos años de la década del setenta y principios de los años ochenta, Brasil atravesaba todavía el último período de la dictadura militar. En ese contexto existió algo llamado la *Democracia Corinthiana*, un modo de organización muy particular que se llevaba a cabo en Corinthians, el equipo de fútbol más popular de Brasil. Los jugadores establecieron, en un determinado momento que iba a decidir todas las cuestiones vinculadas con el equipo discutiendo y decidiendo por mayoría cada una de las posibilidades que tenían sobre cada asunto. Estas votaciones no sólo incluían a los miembros del plantel de jugadores sino también a las personas que colaboraban con ellos (masajistas, utileros, etc.). De este modo, votaban si concentraban antes de los partidos, si el club tenía que comprar a tal o cual jugador y, en algunos casos, si tenían que apoyar alguna causa política determinada. En una oportunidad, el equipo viajó a Japón para hacer una gira de partidos amistosos y luego de unos días Walter Casagrande, uno de los jugadores titulares, empezó a sentirse muy afectado por estar separado de su novia. Esto puede parecer algo demasiado habitual en personas acostumbradas a viajar y estar lejos de sus seres queridos. Sin embargo, Sócrates el capitán del equipo, propuso votar la posibilidad de que Casagrande, una de las estrellas del equipo, volviera a Brasil. Votaron y por mayoría decidieron que Casagrande debía volver a Brasil. Más allá de la anécdota, el ejemplo ilustra el modo en que entiendo cómo funciona una comunidad liberal. En un equipo en el que un jugador importante, probablemente una de las razones para que los hayan contratado para ir a jugar a Japón, está en una situación emocional delicada, nuestros intereses como comunidad ceden ante su propio interés personal.

Es cierto que el equipo pierde de distintas maneras con su ausencia. Por un lado, en términos deportivos, el equipo pierde un jugador importante. Por otra parte, en términos económicos, el equipo pierde porque tiene que pagar un pasaje extra porque el jugador se vuelve antes de lo previsto. Sin embargo, la comunidad (el equipo en este caso) priorizó otras cosas por sobre el interés del grupo. Como miembros de una comunidad moral no podemos permitir que uno de nosotros sufra de este modo para satisfacer un interés general que, en principio, parece menos importante y que no es suficiente para justificar una restricción como la que se suponía que debía sufrir Casagrande.

En el libro *Disgrace* de J.M. Coetzee, un profesor universitario David Lurie es acusado de haber tenido una relación con una estudiante llamada Melanie Isaacs y debe comparecer ante un comité especial de la Universidad. Lurie es informado de los cargos que hay en su contra: una declaración de Melanie Isaacs y un informe

en el que consta que Melanie no asistió a sus clases ni rindió los exámenes pero que, pese a ello, aprobó su curso. Dispuesto a terminar rápido con la investigación, Lurie se declara culpable de los dos cargos. Sin embargo, los miembros del comité le preguntan qué es lo que acepta de la declaración de Isaacs. Lurie afirma que acepta la declaración de Isaacs sin dar razones. Su única explicación es que piensa que ella no tiene razones para mentir. El comité insiste y le preguntan si leyó la declaración de Isaacs. Lurie afirma que no lo hizo. Esto genera un problema con los miembros del comité que tienen reservas en terminar el asunto sin profundizar en lo sucedido. Le dicen que la comunidad tiene derecho a saber qué es lo que Lurie reconoce y que además es necesario que él sepa porqué está siendo censurado. Lurie mantiene su negativa y no logran que cambie de opinión. Finalmente, recibe una dura sanción y es expulsado de la Universidad.

En este caso, por ejemplo, los límites de la comunidad se encuentran con el derecho de alguien que se niega a explicar lo sucedido, por diferentes razones. La comunidad no puede obligar a un agente a que acepte, reconozca o discuta partes de la acusación. Un acusado puede hacer uso a un derecho específico a explicar algo que ha sucedido pero no podemos obligarlo legalmente a hacerlo. No podemos alegar un interés de la comunidad para justificar una obligación de este tipo. Esto, sin perjuicio de que dentro de nuestros intereses comunitarios podríamos incluir la posibilidad de conseguir que Lurie reconozca lo que hizo y que se arrepienta de lo que hizo. Sin embargo no podemos obligar a hacerlo. Empero, creo, que el arrepentimiento es algo importante para pensar las relaciones de una comunidad. Si nosotros nos sentimos parte de una determinada comunidad creo que, si por alguna razón cometemos una falta, querríamos no ser excluidos de ella. Formamos parte de una comunidad y nos interesa seguir perteneciendo a ella y por esa razón arrepentimos por nuestras faltas se presenta como la posibilidad de reconocer un error que cometimos. Está claro que también la comunidad tiene obligaciones ante ese arrepentimiento. Entre esas obligaciones creo que es importante aceptar el arrepentimiento y comprometerse a reincorporar a aquél que pretende volver a ser parte de la comunidad.¹⁷

Si bien los ejemplos que elegí están lejos de aquellas discusiones teóricas que podría presentar en este punto, me parece que consiguen explicar más claramente qué es lo que interpreto de la idea de comunidad liberal que defiende en sus trabajos Duff. Es cierto que para quienes tienen una aproximación diferente al mundo en el que vivimos, la idea de comunidad puede ser algo demasiado inocente y demasiado alejada de los conflictos que vivimos permanentemente. La *Democracia Corinthiana* y los ejemplos universitarios de *Disgrace* nos muestran dos alternativas que sobreviven a los conflictos y consiguen resolver cuestiones que, *a priori*,

¹⁷ Desarrollo con más detalle este punto en Beade, Gustavo A., *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2017.

podrían ser parte de los intereses de la comunidad de modos diferentes. Si bien, estos ejemplos pueden resultar algo extraños nos aportan nuevas posibilidades para seguir pensando de un modo alternativo cuestiones que siempre se analizan a partir de las bases liberales que aprendemos cuando somos estudiantes. Me quedan algunos comentarios más que intentan mostrar que todavía queda mucho más para discutir sobre la tesis de Duff.

3. Objeciones pendientes

Este capítulo de *Castigar al prójimo* nos ofrece una enorme posibilidad de introducirnos en el trabajo de uno de los filósofos del castigo más importantes de este momento gracias a un gran trabajo que realiza Gargarella. La crítica a los puntos centrales de la tesis de Duff nos abre la puerta para pensar mucho mejor nuestro entendimiento sobre y del derecho penal. Me gustaría agregar en este pequeño apartado, un par de ideas para seguir pensando los vínculos entre castigo y democracia.

Creo que Gargarella pudo haber presentado algunas otras objeciones que se ajustan más a los defectos democráticos que encuentra en la propuesta de Duff. La primera y más clara objeción puede ser aquella que se vincula con la limitada posibilidad de dialogar que se presenta entre la víctima y el agresor.¹⁸ La tesis de Duff presenta a la víctima en un lugar vinculado a la comunidad pero no en un lugar particularmente importante. Es posible que esta propuesta sea más cercana al alma democrática que al alma liberal de la teoría. Con todo, es la comunidad la que asume el lugar para construir el diálogo con el agresor y parece ser una de las consecuencias que se derivan de la idea de *compartir los males*. De este modo, si el mal es uno que le pertenece a toda la comunidad (por las razones que vimos anteriormente) esto justificaría que la participación de la víctima quede reducida. En este punto, la participación de la comunidad es más amplia y excluye la posibilidad de que la víctima, con todo lo que ya ha tenido que superar, enfrente en soledad al perpetrador. Sin embargo, su participación tiene un lugar secundario. Esto podría ser un problema en términos dialógicos para Gargarella.

Vinculado con el punto anterior: si nos concentráramos en defender la participación principal de la víctima y relegar al resto de la comunidad, deberíamos poder pensar si es posible el diálogo –como intercambio de razones– entre dos personas que no están en igualdad de posiciones. El problema es si es posible equiparar el diálogo que puedo tener con un colega o una amiga con el diálogo entre alguien que sufrió una agresión y un agresor que ahora está en prisión esperando

18 Véase, Brownlee, Kimberley, “La parte del delincuente en el diálogo” en Beade, Gustavo A. & Martí, José L. (eds.), *Discusiones sobre la filosofía del derecho penal*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2015.

su castigo definitivo. La pregunta que deberíamos intentar responder es si existen las condiciones para construir el diálogo entre una persona que ha sufrido un daño y otra que está sufriendo un daño encerrada y cuyos intereses estarán centrados en mejorar su situación personal. Un punto, quizá un poco más complejo, se presenta cuando tenemos casos difíciles en los que el diálogo está limitado por un agresor que cree que ha sido castigado injustamente o la víctima no quiere dialogar con él o la comunidad no quiere dialogar con él porque pensamos que lo que hizo es muy grave. En un caso tan complejo donde los lazos comunitarios están rotos es necesario hacer un esfuerzo para pensar por dónde empezar el diálogo y cómo construir esos puentes que necesitamos para poder reconstruir eso que necesitamos para fortalecer a la comunidad.

IV. Bibliografía

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

Brownlee, Kimberley, “La parte del delincuente en el diálogo” en Beade, G.A. & Martí, J.L. (eds.), *Discusiones sobre la filosofía del derecho penal*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2015.

Duff, Antony, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

Punishment, Communication and Community, Oxford, Oxford University Press, 2001.

Trials and Punishment, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

Duff, Antony & Marshall, Sandra, “Criminalization and Sharing Wrongs”, *Canadian Journal of Jurisprudence*, 11, 1998.

Husak, Douglas, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2008.

Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Buenos Aires, Paidós, 1999.

De la injusticia penal a la justicia social, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008.

Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Auflage, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960.

