

“INCUPLACIÓN Y CASTIGO: ENSAYOS SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL” DE GUSTAVO BEADE

Camila PETRONE* y María de los Ángeles RAMALLO**

Fecha de recepción: 28 de octubre de 2017
Fecha de aprobación: 23 de noviembre de 2017

BEADE, Gustavo, *Inculpción y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2017, 136 pp.

I. Introducción

Hace poco más de un mes recibimos el nuevo libro de Gustavo BEADE, *Inculpción y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*. En este, el autor recopila una serie de artículos propios escritos en los últimos siete años. Aquellos tratan, al menos en apariencia, distintas temáticas relacionadas con el derecho penal y la filosofía del castigo.

Señala BEADE en las primeras páginas del libro: “[m]e gustaría en esta introducción encontrar algún vínculo claro en estos trabajos para mostrar que tengo una teoría sobre estos temas. Sin embargo, no cuento con algo semejante. Aquí solo pretendo mostrar una serie de pensamientos sobre distintos temas que creo que pueden dialogar sin dificultades serias”.¹ En efecto, estas distintas temáticas terminan, al final, por verse todas íntimamente relacionadas al estar atravesadas por los siguientes conceptos centrales: la noción de comunidad y de participación ciudadana en el proceso penal; la idea de juicio como un procedimiento oral y público en el cual las partes se enfrentan; el castigo con fines retributivo-comunicativos y estrechamente vinculado a la eventual

* Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente de “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, cátedra del Dr. Mario VILLAR (UBA). Contacto: camilapetrone92@gmail.com.

** Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente de “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, cátedra del Dr. Daniel PASTOR (UBA). Contacto: mariadelosangelesramallo@gmail.com.

¹ BEADE, *Inculpción y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2017, p. 13.

reconciliación del castigado con la comunidad; y, por último, la tensión entre la autodeterminación y los deberes comunitarios.

Nos hemos propuesto reseñar el libro mencionado y, a la vez, hacer públicos los interrogantes que nos ha generado. *Inculpación y castigo*, sin dudas, nos ha obligado a pensar y repensar la idea "clásica" del derecho penal de la que muchas veces es difícil escapar.

Antes de adentrarnos en este análisis nos gustaría resaltar algunas cuestiones del libro que consideramos particularmente positivas. Como mencionamos, BEADE escribe cada capítulo no solo tomando como base aquellos autores que lo influenciaron para formular sus ideas, sino también tomando las obras de aquellos a quienes estas se oponen. Quizás el caso más resonante es el de NINO, a quien le dedica varios pasajes. Así, torna el libro en un juego de argumentos y contraargumentos, de críticas y respuestas. Por otro lado, el estilo de escritura hace que algo que para muchos podría resultar completamente ajeno y complejo —la filosofía del castigo— termine siendo algo sumamente claro, entendible para todos. A diferencia de otros profesores, se nota en BEADE un esfuerzo por que sus ideas no circulen solamente entre doctrinarios consolidados. Esto se condice con la posición que entendemos tiene el autor en relación con la participación de la ciudadanía en la discusión penal. Su escritura es, podemos afirmar, democrática.

A continuación, dividiremos nuestro comentario en cinco acápites, cada uno de ellos vinculados con los temas centrales de la obra, a fin de realizar un análisis pormenorizado y, a la vez, global.

II. Una revisión de la teoría retributiva de la pena

En su primer capítulo, "Las razones del castigo retributivo. Retribución y comunicación", BEADE nos propone pensar en una finalidad de la pena retributiva distinta a la mera venganza, a la imposición de un mal contra aquel que causó un mal previo. Toma el caso del juzgamiento de los militares de la última dictadura, defiende los juicios penales como única alternativa para la Argentina y se opone a la crítica de que estos no tienen otro fin que satisfacer los deseos de venganza de las víctimas y familiares.

En los primeros apartados, el autor resalta la importancia de la *reconstrucción de la comunidad*. Esta se da, en parte, a través de la reconstrucción de la memoria y el conocimiento de la verdad.

En este punto se opone a los trabajos de HILB² que sostienen que de no haberse optado por los juicios penales, los militares habrían, quizás, develado más información, como el destino de personas desaparecidas. No solo esto no ocurrió entre 1987 y el 2005, sino que los juicios penales podrían funcionar, según el autor, y si mal no entendimos, como lugar de revelación de información.

Una idea que recorre muchos capítulos del libro es la de los juicios penales como lugar de rendición de cuentas, de arrepentimiento, perdón y reconciliación. Aquí su visión particular de la teoría retributiva de la pena.³ En los juicios penales, quien cometió un delito se enfrenta con testigos y víctimas, recibe el reproche de la comunidad y, a su vez, tiene la posibilidad de contar su versión de la historia. Luego, debe reconocer que cometió un error, arrepentirse y la comunidad debe perdonarlo y volver a reconocerlo como uno de sus miembros. El arrepentimiento y la reconciliación se plantean como obligaciones morales. Por otro lado, el castigo tiene un componente comunicativo fundamental: “castigar a alguien tiene la finalidad de que la comunidad exprese la desaprobación de un acto, en principio prohibido. [...] [C]astigamos para señalar que había un acuerdo en el que habíamos establecido que *eso* no era lo que íbamos a hacer”.⁴ En el caso puntual de los delitos de lesa humanidad, termina diciendo BEADE, en los juicios la comunidad expresa su rechazo hacia la conducta de los perpetradores.

Ahora bien, habiendo destacado los puntos que entendemos centrales del capítulo, nos gustaría plantear en las siguientes líneas principalmente dos cuestiones: la primera se relaciona con la teoría retributiva-comunicativa a la que adhiere el autor como teoría general, y la segunda, con su aplicación puntual en los casos de los delitos de lesa humanidad.

² HILB, *Usos del pasado*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013, y HILB, *Les a humanidad. Argentina y Sudáfrica: reflexiones después del mal*, Buenos Aires, Katz, 2014.

³ BEADE se basa en distintos autores, como FEINBERG, MALAMUD GOTI, TADROS Y HUSAK. En este sentido ver FEINBERG, *Doing and Deserving, Essays in the Theory of Responsibility*, New Jersey, Princeton University Press, 1970; MALAMUD GOTI /ENTELMAN, “La ‘ley de punto final’. Respuesta al Profesor Julio Maier”, en *Doctrina Penal*, N° 38, 1987; MALAMUD GOTI, “Entre la vigilancia y la privacidad: del castigo de la tenencia de drogas para consumo personal” en *Moralidad, legalidad y drogas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000; TADROS, “Where is love? The topography of Mercy” en *Crime, Punishment and Responsibility. The Jurisprudence of Anthony Duff*, Oxford, Oxford University Press, 2011; y HUSAK, “Retributism in extremis” en *Law and Philosophy*, N° 32, 2013, pp. 3-31.

⁴ BEADE, *supra* nota 1, p. 38.

Desde el primer capítulo de *Inculpación y castigo* —que hace a su vez de capítulo introductorio— se nota en el autor una preocupación por la participación de la ciudadanía en los asuntos penales. En este sentido, cuestiona la opinión generalizada que entiende que los asuntos penales deben quedar sujetos simplemente al debate entre expertos. Por otro lado, reconoce que es necesario fortalecer los mecanismos democráticos de participación en las decisiones. Vemos esto, por ejemplo, cuando, haciendo referencia a los trabajos de GARGARELLA, dice, en el último capítulo del libro: "creo que es correcto afirmar que existe un gran porcentaje de ciudadanos en nuestro país que se encuentran excluidos socialmente y por ende también de la discusión pública".⁵ Sin embargo, la teoría retributiva de la pena que él sostiene parte de una idea muy clásica de "comunidad" en la que este factor no pareciera jugar un papel muy importante.

Esta concepción, justamente, está basada en que todos los miembros participan en la decisión sobre las normas, que por eso deben respetarlas y que por eso, también, todos los que no las respetan merecen ser castigados —o bien merecen ser sometidos al proceso de inculpación, arrepentimiento y reconciliación—. Una idea similar puede rastrearse en autores clásicos como ROUSSEAU. Ahora, es claro que un alto porcentaje de la población no participa en la discusión en torno a las normas y, más allá de que sea necesario reflexionar, en todo caso, sobre los mecanismos para revertir esta situación, ¿sería correcto exigirle a quien en una comunidad se ve completamente excluido su arrepentimiento?, ¿tiene él el mismo deber moral de reconciliarse con una comunidad que nada le da? ¿Qué interés tendría uno en reincorporarse a un grupo que no lo escucha, que no lo ha escuchado por años, y al que no le importa sus intereses, deseos o problemas? Quizás la teoría esté pensada para una sociedad ideal e igualitaria. Nuestra inquietud radica en si, en una sociedad tan desigualitaria como la nuestra, todos tenemos el mismo deber moral de arrepentirnos. También si esta realidad no debería jugar algún rol importante en la teoría sobre el castigo penal. Retomaremos esta idea cuando hablemos sobre el capítulo "¿Es aceptable moralmente suicidarse para evitar ser castigado?".

El siguiente punto que nos gustaría remarcar se relaciona con los juicios contra la dictadura militar argentina. En principio, coincidimos con el autor en que los juicios penales son la mejor y única alternativa para nuestro país. Coincidimos también con la importancia del aspecto comunicativo de estos juicios. Tampoco rechazamos otras salidas, como la adoptada en Sudáfrica, y creemos que es necesario respetar aquellas con las que muy posiblemente no coincidiríamos, como la de Uruguay.

⁵ BEADE, *supra* nota 1, p. 122.

BEADE sostiene que en el caso argentino, “es probable que los miembros de las fuerzas de seguridad que intervinieron en la dictadura aún crean que hicieron lo correcto”.⁶ En tanto no están arrepentidos, no existe posibilidad de reconciliación, pero siguen siendo importantes los juicios como lugar de expresión y de reproche por parte de la comunidad. Ahora, ¿qué ocurriría si los militares estuviesen genuinamente arrepentidos de sus actos? ¿Podríamos exigirles a la comunidad, a las víctimas y a sus familiares la reconciliación en los casos de crímenes de esta envergadura?

Por otro lado, ¿qué es lo que diferencia a Argentina de otros países? “[n]o creo que los juicios penales y los castigos sean la única opción para resolver cuestiones de pasados turbulentos. Entiendo que los juicios penales en Argentina no deberían ser reemplazados por otras alternativas. Nuevamente creo que cada lugar debe poder decidir cuál es la alternativa más plausible y adecuada para sus propias circunstancias”⁷. Coincidimos, como sostuvimos anteriormente, en este punto y destacamos el valor que se le da a la decisión democrática en cada sociedad y en cada país. Sin embargo, según lo que entendimos, la teoría retributiva-comunicativa está planteada como una teoría general, bastante universal. Es decir, en principio, en todas las comunidades los infractores deberían arrepentirse y reconciliarse con el resto, y en todos los juicios penales se aplica el componente comunicativo. Por ello es que no nos queda claro, desde esta teoría, por qué solo en Argentina —incluso aunque no parezca viable la posibilidad de reconciliación— lo mejor son los juicios penales que aseguren la participación de la comunidad. ¿Por qué no es la mejor opción en todos los casos?

Si bien no resulta pertinente adentrarnos en este tema, nos parece relevante señalar que este año la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el polémico “fallo del 2x1”, desconoció más de treinta años de expresión y lucha y adoptó una actitud por demás elitista. Como dijimos, no es nuestra idea debatir aquí sobre el fallo “Muiña”. Simplemente, mostramos nuestra preocupación por aquellas decisiones de jueces y juezas que profundizan aun más la brecha social al dejar de lado lo que opina la comunidad e insistir en utilizar un lenguaje técnico, en la creencia de que cuantos más tecnicismos se incluyan, más fundada y legítima será su opinión.

⁶ BEADE, *supra* nota 1, p. 24.

⁷ BEADE, *supra* nota 1, pp. 21 ss.

III. Diálogos con NINO: perfeccionismo y liberalismo

En el segundo y cuarto capítulo, "Retribución, inculpación y ¿perfeccionismo moral?" y "El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos NINO", BEADE dialoga con NINO desde una perspectiva de fuerte crítica hacia lo que este entendía como "perfeccionismo moral".⁸

En "Retribución, inculpación y ¿perfeccionismo moral?", el autor comienza por criticar la idea de NINO según la cual existe una relación entre distintos tipos de Estado con una particular teoría del castigo, lo que lo lleva a argumentar que "...solo una teoría preventiva del castigo representa los ideales de liberalismo político mientras que la retribución, según su posición, en cualquier circunstancia supone un tipo de perfeccionismo que es inconsistente con una filosofía política liberal o kantiana".⁹ La adopción de una teoría del castigo retributiva, además, trae aparejada la defensa de una forma extrema de subjetivismo.¹⁰

El autor parte de aquella afirmación y argumenta por qué las teorías retribucionistas de la pena no encarnan, necesariamente, los problemas filosóficos que NINO ve en ellas y que, por lo tanto, no convierten al Estado en perfeccionista y antiliberal como él cree. De este modo, resultan compatibles con el respeto a la autonomía personal.

Tanto para BEADE como para NINO, el concepto de *inculpación* resulta fundamental para entender la retribución. Sin embargo, es aquí donde las teorías se contraponen. Para NINO, siguiendo la descripción que trae el autor, el proceso de inculpación implica la evaluación del carácter moral del agente y funciona como una reacción contra ciertas intenciones (de allí su asociación con el subjetivismo). Al inculpar, el Estado no solo impone una coerción, sino que además impone ideales morales de excelencia típicos del perfeccionismo. Por ello, esto resultaría contrario a los principios de un Estado liberal de Derecho; fundamentalmente, al principio de autonomía.

A este argumento BEADE le responde que existen otras formas de pensar en la inculpación. La "inculpación" en la que él está pensando es una basada en un proceso de diálogo entre los miembros de la comunidad. Tal como mencionamos en el acápite anterior, si bien es cierto que la teoría retributivo-comunicativa se basa en el reproche por parte de la comunidad hacia una

⁸ BEADE, *supra* nota 1, p. 44.

⁹ BEADE, *supra* nota 1, p. 44.

¹⁰ BEADE, *supra* nota 1, p. 43.

determinada persona por haber realizado un determinado acto, este se realiza a través de una explicación de las razones por las cuales la conducta es reprochable, seguida de un intercambio de opiniones, una escucha de las explicaciones de la otra parte y una final reconciliación. En este diálogo las partes deben tratarse con igualdad y respeto, y esto es totalmente compatible con los principios de un estado liberal y democrático de derecho.

En resumen, BEADE demuestra las debilidades y contradicciones de la construcción de NINO en lo que respecta a la relación entre retribución, inculpación y perfeccionismo moral. BEADE explica por qué la forma de entender la inculpación que plantea la teoría retributiva que él defiende no va en contra de los principios liberales cuya vigencia preocupa a NINO.

Por otro lado, en el capítulo 4.º, “El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. NINO”, el autor retoma la cuestión de la autonomía personal, importante pilar de la teoría de NINO, a fin de plantear que la importancia del daño (los resultados lesivos del delito) para la teoría de la responsabilidad penal que aquel plantea es una construcción que resulta discutible y que, además, choca con algunas formulaciones teóricas posteriores del mismo NINO. Puntualmente, BEADE problematiza la teoría de la responsabilidad penal de NINO a la luz de su teoría de la democracia deliberativa y marca una posible contradicción en su obra.

En este capítulo, se realiza un exhaustivo análisis de algunas obras de NINO de forma cronológica. Se da cuenta, de este modo, de la evolución en las ideas de NINO y se retoman, en consonancia con el capítulo 2, los problemas que, a criterio de BEADE, se presentan con relación a la cuestión del perfeccionismo y la autonomía personal para concluir, finalmente, que la autonomía y el liberalismo no implican única y necesariamente la adopción de un marcado antiperfeccionismo.

Como mencionamos, BEADE analiza la teoría de la responsabilidad penal de NINO, basada fundamentalmente en la necesidad del daño, y presenta la siguiente idea —por cierto, sumamente interesante—: la teoría de la democracia deliberativa de NINO reconoce la exigencia de un cierto nivel de igualdad, mientras que este requisito no se ve en su tesis sobre la responsabilidad penal. Es aquí donde BEADE encuentra la contradicción de NINO. “[a] esta exigencia de mayor igualdad que expone NINO, necesaria para fundar su teoría de la democracia deliberativa habría que agregarle mayor igualdad también a su tesis de la responsabilidad penal”¹¹.

¹¹ BEADE, *supra* nota 1, p. 82

BEADE toma el concepto de autonomía —central para NINO— y argumenta que “no es posible afirmar que la autonomía, pensada solo como una herramienta antiperfeccionista, puede fundar tanto una teoría de la democracia deliberativa como una teoría de la responsabilidad penal, o al menos, no en la dirección en que lo hace NINO”.¹²

Por último, en este capítulo, a fin de demostrar su planteo anterior, vincula las nociones de autonomía e igualdad en la obra de NINO y explica cómo, en la mayor parte de aquella, NINO parece sobreponer la autonomía a la igualdad para, luego, adoptar una posición más igualitaria. Estos dos capítulos brindan las “bases teóricas” para las discusiones —bastante más concretas— que tienen lugar en los capítulos III y VI.

IV. Autonomía personal, principio del daño y deber moral de “arrepentimiento”

El diálogo que entabla BEADE con los textos de NINO mencionados en el acápite anterior se ve materializado en los capítulos 3.º y 6.º, en los cuales él analiza el problema del perfeccionismo y la autonomía de voluntad en dos casos puntuales: el consumo de estupefacientes y la disposición del propio cuerpo en caso del suicidio.

En estos dos capítulos no solo le da lugar a dos debates siempre vigentes —el de la “moralidad” del suicidio y el del consumo de drogas— sino que, además, al retomar las ideas de NINO en dos casos concretos, demuestra con más firmeza cuál es su postura acerca de la concepción liberal y antiperfeccionista. De igual manera, reafirma, en particular al analizar el suicidio de quienes esperan ser juzgados por un delito, su idea del castigo retribucionista-comunicativo.

Partiendo de ello, en el capítulo 3.º, “¿Es aceptable moralmente suicidarse para evitar ser castigado?”, BEADE discute la pregunta del título combinando su crítica a la concepción liberal acerca de la disposición constante y absoluta del propio cuerpo con la noción simbólico-expresiva de castigo frente a la comunidad que recorre todo su libro y que se conjuga, a lo largo de la obra, con la noción de “arrepentimiento”.

De este modo, explica fundadamente por qué él considera que es necesario permanecer con vida para enfrentar el castigo, arrepentirse y, así, intentar volver a pertenecer a la comunidad que castiga. El planteo de BEADE consiste, además, en pensar el juicio como algo que sucede frente a

¹² BEADE, *supra* nota 1, p. 82.

toda la comunidad, que considerará, luego, el arrepentimiento y reincorporará pronto a quien violó las normas y se ha arrepentido.

La cuestión acerca del arrepentimiento y el deber moral de permanecer con vida para enfrentar el castigo ha disparado en nosotras las siguientes inquietudes, que hemos intentado esbozar en el primer acápite:

1) ¿Es esperable —e incluso, deseable— que la comunidad esté dispuesta a reconciliarse con cualquier tipo de infractor, ante cualquier tipo de infracción?

2) ¿Qué sucede en los casos de infractores que no se sienten parte de la comunidad y que, por lo tanto, no sienten que le deban su arrepentimiento?

En lo que respecta a la primera pregunta, creemos que, en algunos supuestos, el hecho de que el acusado deba permanecer con vida, en lugar de disponer de esta, para aguardar su castigo, pierde cierta relevancia si consideramos que no podemos esperar que la comunidad —al menos no la nuestra— se muestre dispuesta a reconciliarse con cualquier tipo de infractor, luego de cualquier tipo de infracción. En lo que respecta, particularmente, a los delitos de lesa humanidad cometidos en la última dictadura militar que sufrió Argentina —tratados por BEADE en el primer capítulo— consideramos que, aun si los perpetradores estuvieran dispuestos a arrepentirse, el perdón o, si se quiere, la aceptación del arrepentimiento y la comprensión de este, no le serían exigibles a nuestra sociedad. No solo entendemos que no podría ser exigible, sino que, además, no consideramos que sea algo “deseable” o “esperable”. ¿Por qué debiera la sociedad argentina querer reconciliarse con quienes tomaron arbitrariamente el poder del Estado he hicieron desaparecer a decenas de miles de personas? Esa es la pregunta que nos hacemos, a fin de entender si la propuesta de BEADE efectivamente sería aplicable a cualquier tipo de delito.

Un caso diferente que también pone a prueba la propuesta del autor es el siguiente: si pensamos en alguien que ha sido siempre marginado por nuestra sociedad —ya sea por sus condiciones socioeconómicas, étnicas, religiosas, de género, *etcétera*— y que comete un delito, no podemos perder de vista que, en ese caso, la persecución y juzgamiento por parte del Estado y, eventualmente, el encarcelamiento posterior, será la primera intervención que el Estado tendrá en su vida. Partiendo de ello ¿podríamos exigirles a quienes se encuentran en una situación similar que deseen realmente reconciliarse con la sociedad que los margina? Creemos que no, principalmente, porque aquí no existiría la noción de “regresar”, “volver a ser parte de la comunidad”

que BEADE plantea. Es esto lo que nos lleva a pensar que, seguramente, BEADE escriba pensando en una sociedad ideal en la cual la posibilidad de participación comunitaria es igual para todos.

Por su parte, en el capítulo 6.º, "¿Razones para prohibir el uso de drogas?", BEADE se centra en la discusión acerca de la incompatibilidad entre la prohibición penal de la tenencia de drogas y el artículo 19 de la Constitución Nacional. Para ello, analiza la postura "liberal" que defiende la tenencia y el consumo personal y, luego, la que sostiene que es necesario el castigo de aquellas conductas en pos de la salud pública. En este capítulo, el autor termina por defender la libre tenencia y consumo de drogas pero se aparta, según lo que él sostiene, de la postura liberal, a la que cataloga de "paternalismo blando". La crítica principal que Beade les dirige a los liberales es el vínculo que establecen entre la privacidad y un lugar físico determinado. En este sentido, si una persona consume drogas en el interior de su casa con las persianas bajas goza de un cierto grado de privacidad del que no gozaría si estuviese consumiendo drogas en el balcón. Para los liberales, entonces, el consumo de estupefacientes estaría amparado por la Constitución siempre que fuera "en privado", entendido el término *privado* como alusivo al lugar determinado en que debe realizarse la actividad.

Al tratar esta cuestión, BEADE menciona a FARRELL. Resulta cierta la descripción que realiza BEADE del vínculo entre privacidad y lugar (físico) privado. Sin embargo, no es menos cierto que FARRELL sostiene que "...la autonomía es un mejor fundamento del derecho que la privacidad",¹³ ya que "...la privacidad se limita a la protección de la intimidad en ciertos lugares, preferentemente respecto de la intrusión de la prensa...".¹⁴ En este punto coincidimos con este autor y agregaríamos, quizás, que la protección de la intimidad debiera extenderse también a lo que respecta a la intrusión de la policía o los operadores judiciales.

Retomando las ideas de NINO —y quizás en consonancia con las conclusiones de BEADE— nos gustaría señalar que creemos que una correcta interpretación del art. 19, CN debería entender que las acciones privadas de los hombres no son únicamente las que se realizan "en privado" sino, más bien, todas aquellas que no afectan a un tercero. Las acciones realizadas "en privado", en todo caso, estarían protegidas por el art. 18, CN (derecho a la intimidad).¹⁵

¹³ FARRELL, *Privacidad, autonomía y tolerancia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 225.

¹⁴ FARRELL, *Privacidad, autonomía y tolerancia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 227.

¹⁵ NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 304 y 327 ss.

El problema de la interpretación se ve con mayor claridad al evaluar cuándo hay afectación o no a terceros y cuándo existe efectivamente daño. Pero mientras que entendamos que el consumo de estupefacientes no afecta a terceros —incluso cuando este se realizara en un lugar público y no “en privado”— quedaría protegido por el art. 19, CN y por lo tanto la punición de la tenencia para consumo personal resultaría inconstitucional también en estos casos.

En este acápite hemos intentado retomar la problematización de algunas de las afirmaciones de BEADE en torno a la “obligación de arrepentimiento” de quien comete un delito y hemos descrito cuál es a nuestro entender el verdadero problema de la penalización de la tenencia para consumo personal de estupefacientes, de conformidad con lo descrito en el capítulo 6.º. Si bien, en relación con lo primero, entendemos que algunas de las afirmaciones del autor son cuestionables desde distintos puntos de vista (en principio por la inexistencia de la sociedad ideal planteada), resaltamos particularmente el tratamiento que da BEADE a la cuestión, ya que no es una discusión que tenga lugar frecuentemente y resulta interesante plantearnos cuáles son —si es que existen— las obligaciones morales de la persona enjuiciada penalmente y —eventualmente— condenada. La conclusión que extraemos es que, en caso de que exista una obligación moral hacia la comunidad, esta no podría hacerse extensiva a cualquier tipo de delito, por los motivos indicados algunos párrafos atrás.

En cuanto al consumo de estupefacientes, si bien creemos que el término “*acciones privadas de los hombres*” debe ser entendido de una forma más amplia y marcando la diferencia con el derecho a la intimidad, resaltamos que autores como BEADE sigan discutiendo estas cuestiones que parecen ya zanjadas y que, en realidad, continúan con plena vigencia en el escenario social. Sería interesante, quizás, trasladar la discusión a otros casos que hacen también a la autonomía personal y al derecho a disponer de nuestros propios cuerpos, y que tienen igual relevancia y vigencia, tales como, puntualmente, la penalización del aborto.

V. Usurpación y desalojo: ¿puede el Estado llegar por primera vez para criminalizar?

El capítulo 5.º de *Inculpación y castigo* se ocupa de criticar cómo resuelven los jueces los casos de usurpaciones de terrenos públicos. Comienza el planteo con un ejemplo: un grupo de personas, tras haberle reclamado al Estado por años sin éxito una vivienda digna, usurpa un terreno público abandonado y muy poco utilizado con el objetivo de construir una casa propia. Al observar esta situación, un grupo de vecinos notifica a la policía, quien, violentamente, los

desaloja. Se inicia en su contra un proceso penal. Usurpar un inmueble ajeno es, en definitiva, un delito. Atrapados por el derecho, los fiscales deciden acusar y los jueces condenan. BEADE explica y cuestiona los argumentos que llevan a los jueces a decidir aplicar, sin más, la normativa penal tal como se describió anteriormente. La crítica que a continuación se resumirá es, a nuestro entender, muy novedosa.

Podemos afirmar que ante un incumplimiento del Estado tan grave como el de no asegurar el derecho a una vivienda digna, criminalizar a quien, bajo la desesperación de no tener dónde vivir, decide usurpar un terreno público abandonado, es moralmente reprochable. Pero BEADE va un paso más allá y sostiene que, además, es incorrecto legalmente. Lo que es correcto legalmente, dirían estos jueces y fiscales, es aplicar el derecho sin tomar en cuenta las condiciones particulares del caso; el Código Penal es claro y, ante la comisión de un delito, la persona debe ser penalizada. Se le podrían aplicar justificaciones o excusas legales. En este punto los fiscales y jueces estarían de acuerdo. Pero BEADE no elige este camino para sostener que es incorrecto aplicar el derecho penal en estos casos. En sus palabras, "el problema evidente es que ellos solo creen que las normas jurídicas que pueden aplicar en casos de usurpación son las normas penales. La falta de reconocimiento de un derecho constitucional a obtener una vivienda digna se hace presente en esta decisión interpretativa". En otras palabras, los jueces optan por una interpretación incorrecta en tanto aplican la norma penal con desconocimiento del derecho constitucional que es jerárquicamente superior.

El problema de estos casos es, nuevamente, que el Estado tiene una obligación —moral y jurídica— de brindarle una vivienda digna a los ciudadanos. El hecho de que este grupo de personas tengan que usurpar un terreno es, entonces, responsabilidad del Estado. Por otro lado, sostiene el autor que estos casos "no traen aparejados ningún daño y, además, no hay ninguna víctima identificable. (...) [L]os derechos que pueden ser presentados como violados por la ocupación son débiles en contra de la extrema necesidad de los ocupantes".

Volviendo al ejemplo con el que inicia el capítulo, BEADE pensó, en primer lugar, en un grupo de personas que reclamó al Estado una vivienda digna por años sin obtener respuesta. Ahora bien, ¿hasta qué punto es necesario este reclamo previo? ¿Podemos ponerle a "los usurpadores" la carga de tener que exigirle al Estado lo que el Estado debería darles sin la más mínima exigencia? Entendemos que no y que el reclamo previo es, en verdad, irrelevante. Además, no hay que perder de vista que en muchos casos nos enfrentamos con personas que seguramente no saben si quiera que existe la posibilidad de reclamar o cómo hacerlo.

Por otro lado, el autor toma un caso de un terreno público abandonado y muy poco utilizado. Por ello le resulta sencillo argumentar que “no hay daño”. Resultaría interesante pensar, entonces, en cómo cambiaría la situación si el terreno público fuera uno muy utilizado. En definitiva, en tanto el Estado es responsable y el derecho constitucional está siendo vulnerado, la interpretación correcta que deberían tomar los operadores judiciales es la de optar por la no criminalización. Incluso quizás hasta por derivar el asunto a la justicia contencioso-administrativa a los efectos de que ordene al Poder Ejecutivo que cumpla con su obligación de brindar una vivienda.

En el mismo sentido, ¿cambiaría la hipótesis de BEADE si no existiera un reclamo previo por parte de los habitantes del terreno? ¿Y si el terreno fuese privado? Consideramos que estas preguntas, que ponen a prueba la novedosa hipótesis del autor, podrían conducir a una interesante discusión. La respuesta, entendemos, será siempre la misma: elegir no criminalizar.

En la misma línea, nos resultó interesante reflexionar en qué medida o en qué otros casos puede utilizarse el argumento del autor. Se nos ocurre, por ejemplo, el siguiente: un señor de cincuenta años, desempleado, vive en una pequeña habitación de una pensión junto con su esposa y sus dos hijos menores. Uno de ellos, luego de una fuerte tormenta, contrae neumonía. La familia asiste a un hospital público, en el que un médico les informa los medicamentos que debe tomar el niño para sanarse, pero ninguno tiene cobertura médica y, luego de varios reclamos en el hospital, siguen obteniendo la misma respuesta: “no hay suficientes medicamentos para todos, tendrán que esperar”. En un acto de desesperación, el señor entra en una farmacia y roba los medicamentos necesarios para curar a su hijo. Tras salir de la farmacia, el hombre es detenido por un policía y luego, enjuiciado. El ejemplo que aquí planteamos parecería ser muy distinto. Primero, se trata de un derecho distinto, el derecho a la salud, pero uno igualmente garantizado por nuestra Constitución. Además, involucra una farmacia, que es una empresa privada. Pero hay también un punto común que resulta central: tanto en el caso propuesto por BEADE para delinear su hipótesis como en el ejemplo que diseñamos, la intervención del Estado que surge del relato podría ser la primera en la vida de los protagonistas de ambas historias: el Estado no estuvo allí para garantizar sus derechos constitucionales (vivienda/salud), ni tampoco intervino para garantizarles la posibilidad de acceder a un trabajo para procurarse, por sí mismos, vivienda o medicamentos. Vemos, entonces, el punto en común entre ambos ejemplos y cabe preguntarse, respecto de aquellos que han sido siempre marginados y olvidados, ¿hasta qué punto el Estado puede llegar por primera vez para criminalizar?

VI. Populismo y derecho penal

Por último, BEADE se ocupa en el capítulo “El populismo penal y el derecho penal *tototerreno* en la argentina” de un problema que, a partir de las llamadas “Reformas Blumberg”, ha encontrado en la discusión sobre derecho penal y democracia un lugar fundamental: el problema de la inflación penal y la supuesta relación con las demandas de la ciudadanía.

BEADE describe al populismo penal con un esquema similar a este: luego de un hecho delictivo grave, amplificado por los medios masivos de comunicación —o bien tras una “ola de delitos” no solo amplificada sino también, en parte, construida, por los medios de comunicación—, entran en consideración las manifestaciones de las víctimas. Los reclamos de estas y de otro sector, quizás un poco más amplio, de la sociedad son, a su vez, magnificados por los medios y capitalizados por los políticos. Surgen nuevas legislaciones penales que terminan en un aumento del poder punitivo estatal.

Este tipo de discusión pública trae aparejada serios déficits democráticos. A su vez, pareciera que “en el contexto argentino, estas modificaciones siempre redundan en aumentos de pena”.¹⁶

Uno de los motivos por los que entendemos que BEADE se preocupa por esta temática es porque estos movimientos suelen ser asociados con “sentimientos retribucionistas” y, a lo largo de todo su trabajo, el autor se ocupa de reivindicar una “forma distinta de retribucionismo”. Por otro lado, han sido, parcialmente, la base de una defensa por parte de los expertos de la exclusión de la ciudadanía de la discusión penal: en tanto la ciudadanía es “punitiva”, la cuestión del derecho penal debe quedar en manos de esta elite de expertos. Esta opinión ha entrado ya en jaque con las discusiones en torno a las nuevas experiencias de jurados.¹⁷ Como ha sido ya mencionado reiteradamente en esta reseña, el autor se opone claramente a esto: “es necesario discutir esa afirmación de que el experto es el que tiene *el conocimiento verdadero o correcto*. Pienso que la discusión de una política pública no tiene por qué ser librada a la discusión de ciertas personas más

¹⁶ BEADE, *supra* nota 1, p. 118.

¹⁷ Cfr. BINDER, “Crítica a la justicia profesional”, en *Revista Derecho Penal*, año I, N.º 3, Buenos Aires, Ediciones Infojus, 2012, disponible en http://www.saj.gob.ar/doctrina/dacf130002-binder-critica_justicia_profesional.htm [Enlace verificado el 28 de octubre de 2017].

o menos formadas académicamente y más o menos conectadas con ciertas esferas del poder político”.¹⁸

Ahora bien, el problema no sería, entonces, que la ciudadanía se exprese en torno a legislaciones penales; el problema radica en que aquello que es tomado como “expresión de la ciudadanía” en verdad no lo es. Sobre este punto, BEADE resalta el poder de los medios de comunicación. Explica cómo, por ejemplo, a través de simples encuestas de opinión pasibles solo de respuestas afirmativas o negativas, se llega a conclusiones sobre descontentos y demandas generalizadas. A estas conclusiones deberíamos llegar a partir de un debate serio, informado, en el que participen todos los actores en un verdadero pie de igualdad.

Al leer este capítulo, un caso muy resonante nos vino a la mente. Tras el asesinato de Micaela García este año, el movimiento de mujeres salió nuevamente a las calles. Acto seguido, se discutió en el Congreso la reforma a la ley de ejecución penal. El movimiento de mujeres fue, entonces, duramente criticado por pedir más derecho penal, penas más duras y limitación de garantías. “No en nuestro nombre”, tuvieron que salir a decir las mujeres. Presentes en el debate parlamentario sostuvieron que “el endurecimiento de la penalización y la ampliación de condenas no disuade los crímenes contra la vida. Es demagogia punitiva ante la indignación social”¹⁹. Este es un claro ejemplo de cómo puede tergiversarse un reclamo a los fines de ser utilizado para aplicar una política criminal más dura.

La ley N.º 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad finalmente fue modificada, a partir de un debate parlamentario injusto en el cual se dijo reivindicar el reclamo de las mujeres a partir del caso de Micaela García cuando, en realidad, tal como vimos, no fue así. Creemos, entonces, que la discusión que presenta BEADE en su artículo es sumamente necesaria para distinguir aquello que quizás podríamos llamar —aunque el término sea despectivo— “*populismo punitivo*” de otros reclamos, también legítimos, que apuntan hacia el cambio social pero no al endurecimiento de las penas ni a la creación de nuevos tipos penales, como sucede en el caso del movimiento “Ni Una Menos”, a diferencia del conocido reclamo de Blumberg en el año 2004.

¹⁸ BEADE, *supra* nota 1, p. 124.

¹⁹ La presentación del grupo “Ni Una Menos” en la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación se encuentra disponible en <https://www.facebook.com/notes/ni-una-menos/no-en-nuestro-nombre/630498163808036/> [Enlace verificado el día viernes 27 de octubre de 2017].

En este sentido, nos parece importante resaltar que hoy en día existen múltiples estudios académicos preocupados por analizar el “punitivismo” en nuestra comunidad y su relación con la democracia.²⁰ Estos estudios apuntan a demostrar que la ciudadanía no necesariamente es más punitiva que los jueces profesionales. Es así que se torna necesario deslegitimar, a nuestro entender, el argumento del *populismo punitivo* que, quizás, lejos de ser una representación fiel de las consideraciones de la ciudadanía, no son más que un discurso mediatizado de un sector de la sociedad.

VII. Reflexiones finales

A modo de cierre, y sin dejar de resaltar la importancia que tiene, para nosotras, que desde el ámbito académico se promueva el diálogo en torno al derecho penal con la comunidad en su totalidad, quisiéramos plantear un último interrogante vinculado a la teoría retribucionista de la pena que atraviesa todo el libro. Esta inquietud tiene que ver con la adopción de una única teoría de la pena. BEADE, al igual que tantos otros autores, optan por buscar la adopción —aparente, al menos a partir de la lectura del libro— de una única teoría general, aplicable a distintos tipos de delitos. Tal como desarrollamos, esta teoría nos resulta un tanto ajena para ciertos casos graves, como las agresiones sexuales o los delitos de lesa humanidad. En estos casos, a nuestro entender, resulta dudoso el deber moral que puedan tener la ciudadanía, las víctimas o sus familiares de reconciliarse con los imputados.

De igual manera nos resulta compleja la defensa de otras teorías de la pena y su adopción generalizada a distintos tipos de delito. En efecto, todas estas teorías han sido criticadas por no ser aplicables a determinados casos. Por ejemplo, las teorías “re” no sirven para explicar, tampoco, las penas en los casos de delitos de lesa humanidad. Por ello, muchos actualmente defienden teorías mixtas.

ROXIN ha planteado que deben adoptarse distintas teorías para distintos momentos del proceso. Así, podemos pensar en teorías de la prevención general en el momento de sanción de las leyes, criterios de prevención general y especial al momento de la imposición de la pena, y solamente criterios de prevención especial en la etapa de ejecución.

²⁰ Ver BAKRODAR/CHIZIK/ALMEIDA/PEÑALVER/PETRÁN, “El jurado: muy lejos del punitivismo, mucho más cerca de la democracia” en *Revista Pensamiento Penal*, N° 165, 2014, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/38342-jurado-muy-lejos-del-punitivismo-mucho-mas-cerca-democracia> [Enlace verificado el día 28 de octubre de 2017].

Ahora bien, a riesgo de ser criticadas nos preguntamos: ¿por qué el esfuerzo en pensar en una teoría de la pena (o bien una combinación de ellas) aplicable a *todos los delitos*? ¿Sería posible pensar que distintos delitos merecen teorías distintas? ¿Sería ello violatorio del principio de igualdad?