

# INCUPLICACIÓN Y CASTIGO: EXTENDER LOS DEBATES. RÉPLICA A CAMILA PETRONE Y MARÍA DE LOS ÁNGELES RAMALLO

Dr. Gustavo A. BEADE\*

---

Empiezo por agradecerles enormemente a Camila PETRONE y María de los Ángeles RAMALLO por la reseña de mi trabajo *Inculpción y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*. Su trabajo es muy profundo y detallado y me obliga a intentar responder algunos de sus interrogantes en esta presentación. Petrone y Ramallo no dejaron parte del libro sin comentar, discutir y criticar. Su aproximación al texto es realmente exhaustiva. En lo que sigue, intento aclarar la organización del libro y el tipo de trabajos que allí presento. Pretendo, luego, explicar algunos de mis puntos de vista y responder (parcialmente) algunas de las preguntas que formulan PETRONE y RAMALLO en su trabajo. A riesgo de ser desordenado y quizá reiterativo, voy a seguir el orden de sus comentarios.

## I. La filosofía del derecho penal

El trabajo de PETRONE y RAMALLO es muy importante para mí por varias razones. La primera es que sus comentarios, preguntas y críticas son centrales para mejorar y aclarar mis puntos de vista. La segunda es que sus análisis son muy profundos y consiguen proyectar sus propias ideas más allá de las mías. En su texto ellas toman mis puntos de partida para llevarlos mucho más allá de lo que pude hacerlo yo mismo. Finalmente, desde la introducción consiguen ver el libro de una forma mucho mejor a lo que yo lo he hecho. Creo que esto último es muy importante y me permite hacer la primera aclaración.

PETRONE y RAMALLO encuentran una conexión en el libro que yo mismo no logré hacer. Según ellas, el libro está atravesado por un puñado de ideas: la noción de comunidad y de participación ciudadana en el proceso penal, la idea del juicio como un procedimiento oral y

---

\* Instituto Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires). Contacto: gbeade@derecho.uba.ar

público en el cual las partes se enfrentan, una noción del castigo retributivo-comunicativo que se vincula con la reconciliación de la comunidad y, por último, la tensión entre la autodeterminación y los deberes comunitarios. Como lo mencioné en la introducción del libro, pero ahora con más claridad, pienso que en estos trabajos intenté reflexionar y cuestionar algunas de las asunciones que se presentan desde lo que conocemos como el liberalismo penal. Si bien los ideales liberales han sido (y son) muy importantes, poner en duda algunas de esas afirmaciones me han llevado a vincularme con versiones del paternalismo moral e ideas cercanas a ideales republicanos. La pregunta que debería intentar responder aquí es: ¿por qué apartarse del liberalismo? En parte porque muchos de los temas que trabajo en el libro no han podido ser comprendidos desde el liberalismo, pero además, porque el liberalismo penal ha quedado anclado en un tipo de liberalismo que podría denominar “tradicional”. En este punto, los teóricos del derecho penal no se han acercado a lo que propone, por ejemplo, el liberalismo igualitario y esto me parece un problema importante que, sin embargo, no puedo tratar aquí.

PETRONE y RAMALLO destacan que el libro dialoga con otros trabajos y esto las obliga a ellas a dialogar con el libro. Creo que, como lo señala MALAMUD GOTI en el prólogo, la filosofía del derecho penal consiste precisamente en esto: reflexionar críticamente sobre nuestras prácticas de inculpación, castigo y responsabilidad pero a la vez escapar de la alternativa de la dogmática penal y tener la libertad para acercarme a otro tipo de literatura. Encontré muchas propuestas y enfoques muy interesantes en trabajos no solo de filósofos del castigo sino también de filósofos morales y penalistas anglosajones.<sup>1</sup> Sin embargo, para mí es importante reconocer que es posible distanciarse y criticar a la dogmática penal solo si la estudiamos y la entendemos. La dogmática penal, en muchos casos, no consigue resolver problemas que se nos presentan (algunos de los cuales trato en el libro) en parte porque no está claro qué es lo que hace o pretende hacer.<sup>2</sup> Pero, además, tampoco permite acercarse a sus soluciones por la oscuridad del lenguaje que utilizan.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> En algunos casos, trabajos que combinan más de un tipo de problemas. Por ejemplo, textos que vinculan problemas de responsabilidad moral e inculpación. Así, COATES/TOGNAZZINI, (eds.), *Blame. Its Nature and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2011; WALLACE, *Responsibility and the Moral Sentiments*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1994; CLARKE/MACKENNA/SMITH (eds.), *The Nature of Moral Responsibility. New Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

<sup>2</sup> Un intento de explicar esto puede verse en NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974; y recientemente en MANRIQUE/NAVARRO/PERALTA, *La relevancia de la dogmática penal*, Bogotá, Universidad del Externado, 2011.

<sup>3</sup> Durante mucho tiempo pensé que el problema era de las traducciones de los trabajos de autores alemanes. Sin embargo, el acercamiento a la dogmática penal alemana en su idioma original tiene los mismos problemas.

Por esta razón, quienes pensamos los problemas en términos filosóficos tenemos la obligación de escribir con claridad e intentar conseguir textos autosuficientes, es decir que no exijan ninguna otra lectura previa para poder acercarse al problema que pretendemos discutir. De hecho, creo que esto ayuda a entender qué es la filosofía del derecho penal, que, entre otras cuestiones, exige conocer la literatura relevante, pero a la vez tener en claro qué piensa uno sobre esos temas. Si bien esto no es sencillo y los avances que uno puede hacer son siempre muy limitados, cada aporte contribuye al desarrollo de un problema teórico.<sup>4</sup>

## II. La retribución comunicativa

La teoría retributivo-comunicativa que intento defender a lo largo de todo el libro tiene su origen, evidente, en autores como DUFF, pero también en trabajos antiguos de MORRIS. Este tipo de retribución tiene un apoyo central en la noción de comunidad. Como señalan, correctamente, PETRONE y RAMALLO la idea de comunidad que presento en el libro se sostiene sobre un tipo de comunidad ideal (e igualitaria) que evita consideraciones sobre el problema de la desigualdad estructural, esto es, aquella originada en decisiones que tomaron *otros* y que perjudica a una importante cantidad de ciudadanos. Lo que intento presentar en el libro es un punto de vista normativo, esto es, como deberían ser las comunidades en las que vivimos. Este punto es distintivo de un tipo de trabajo filosófico como el que pretendo llevar adelante. Es posible pensar en términos ideales y no por eso estar desconectado de la realidad en la que vivimos.<sup>5</sup> Es más, podría decir que proponer un ideal determinado implica reconocer que es posible dirigirnos hacia ese objetivo lejano. De este modo, no me refiero a ninguna comunidad en concreto y menos aún a nuestro contexto actual. Sin embargo, el problema que señalan PETRONE y RAMALLO es importante e intento responderlo en lo que sigue.

Es evidente que, en contextos de desigualdad, exigirle a quien comete un delito o una infracción que se arrepienta del daño causado e intente reconciliarse con la comunidad que lo excluye (y a la vez lo castiga) parece algo extraño. Es más, como agregan PETRONE y RAMALLO, quien fuera acusado por un delito en este contexto podría tener poco interés o no tener razones

---

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, es fundamental para entender los problemas filosóficos del error en el derecho el último libro de HUSAK, *Ignorance of Law. A Philosophical Inquiry*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

<sup>5</sup> Estos mismos términos ideales son los que nos comprometerían con un tipo de teoría del castigo y no con otro. De este modo, tampoco nos dejaría lugar para que cada delito tenga su propia teoría del castigo. Sin embargo, esto no implica que teorías como las que defiendo en el libro no sean combinaciones de distintos tipos de teorías debajo del paraguas del “retribucionismo”.

para querer reincorporarse a una comunidad que no lo escuchó por años y a la que no le importan sus intereses, deseos o problemas. PETRONE y RAMALLO piensan que en contextos de desigualdad la respuesta debería ser que no hay razones para que alguien se arrepienta de lo que hizo. Pienso que están en lo cierto. Sin embargo, creo que su planteo más general —que la teoría no serviría para contextos de desigualdad— es discutible y tiene alguna explicación plausible. Creo que una respuesta a esta preocupación podría ser la siguiente: en esas circunstancias la comunidad no tiene el estatus moral para inculpar y castigar a aquellas personas que cometen determinados delitos. Si una comunidad de desiguales viola derechos morales o derechos legales de los ciudadanos no se encuentra luego en el mejor lugar posible para reprochar determinadas conductas. Esto está lejos de ser una respuesta concluyente. Solo nos permite pensar con prudencia y ver casos muy particulares en los que la infracción o el delito tengan cierta correlación con la omisión previa de parte de la comunidad. En este punto es posible retomar el caso que inicia el capítulo 5. Si un grupo de personas que viven en condiciones de desigualdad estructural usurpa un terreno público abandonado porque el gobierno desoyó sus reclamos y omitió cumplir con sus obligaciones legales: ¿puede después culparlos por eso y castigarlos penalmente? Mi respuesta es no. Si ocurre algo así será un castigo injusto. Sin embargo en ese trabajo mis puntos de vista solo están enfocados en lo que puede o no puede hacer un juez. Pese a ello es posible pensar el problema desde otro punto de vista.

Creo que moralmente no es posible reprochar y castigar a los usurpadores. En primer lugar porque la comunidad es cómplice de la situación en la que se encuentran y en segundo lugar porque sería hipócrita si lo hiciera. Si la comunidad no les dio oportunidades a los ciudadanos para hacer algo diferente, si los acorraló todo lo que pudo de diferentes maneras, luego no está en la mejor posición para reprochar la usurpación. Pero además, sería hipócrita por diferentes razones. Si el Estado señalara a otras personas que se encuentran en situaciones similares que, por diferentes razones, deciden no usurpar estaría siendo hipócrita.<sup>6</sup> Ahora ¿qué consecuencias tiene esta circunstancia sobre una teoría del castigo comunicativo? Si entendemos que la idea de responsabilidad es relacional, esto es, que se construye sobre los vínculos que tenemos dentro de la comunidad y, por eso, tomamos en cuenta lo que nos debemos mutuamente, es difícil pensar

---

<sup>6</sup> No quiero extenderme más sobre este argumento aquí. Lo desarrollo con más extensión, aunque provisoriamente, en BEADE, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social” (con réplica de Rocío LORCA), *Isonomia*, n.º 47, 2017, pp.135-164. Con más detalles en *Who can Blame whom?* (manuscrito).

que estas personas sean responsables por la usurpación.<sup>7</sup> Si una teoría retributiva comunicativa se construye a partir de una idea de responsabilidad similar a la que acabo de enunciar, es difícil admitir que, sin perjuicio de esta noción, podamos inculparlos y castigarlos. De hecho, si lo que nos debemos mutuamente es igual consideración y respeto, sería extraño afirmar que como los respetamos, tenemos que castigarlos.<sup>8</sup>

PETRONE y RAMALLO, además, tienen una reserva adicional en el siguiente supuesto: ellas imaginan la posibilidad de que hubiera militares condenados por la comisión de delitos de lesa humanidad que estuviesen genuinamente arrepentidos de sus actos y se preguntan si podríamos exigirles a la comunidad, víctimas y familiares la reconciliación en esos casos. Creo que la respuesta es sencilla en términos ideales. Podría pensarlo en otros términos, pero como los hechos que plantean PETRONE y RAMALLO no sucedieron ni tampoco parece que vayan a suceder, mi respuesta será, nuevamente, en términos normativos. La respuesta obvia es que así debería ser. Si nosotros no pensamos el castigo como medio para excluir personas, tenemos que pensar en alternativas para restaurar los vínculos entre los ciudadanos que se rompieron luego de que se cometieron delitos o infracciones. Esto parece más sencillo con casos menos graves y más complejo con casos más graves. Sin embargo, es necesario hacer el esfuerzo para reflexionar sobre los modos en que tratamos a las personas que castigamos y conseguir reincorporarlos a la comunidad. Me parece que es la única alternativa que tenemos aquellos que no creemos que el castigo es la exclusión de personas peligrosas de la comunidad. Si hiciéramos lo contrario deberíamos reconocer que el castigo es venganza y que muchos de nuestros principios legales no se cumplen (o no deberían cumplirse) ante casos muy graves. Es decir, para determinados delitos no rigen las reglas que rigen para otros. Esto daría argumentos a quienes piensan, particularmente en Argentina, que esto sucede en los juicios actuales por la comisión de delitos de lesa humanidad.<sup>9</sup> Como intento mostrar en el capítulo 1, yo veo muchas circunstancias destacables de

---

<sup>7</sup> En parte, algunas de estas ideas están presentes en algunos trabajos de SCANLON, *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press, 2008, y también en DUFF, "Relational Reasons and the Criminal Law" en GREEN/LEITER (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Vol. 2, Oxford, Oxford University Press, 2013.

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, MALAMUD GOTI, "La justificación de los delitos de los desposeídos", en AA. VV, *Derecho y pobreza. SELA 2005*, Buenos Aires, Del Puerto, pp. 125-138. Críticamente, ver BEADE, *supra* nota 6.

<sup>9</sup> El hecho de que haya habido una concentración tan masiva en un lugar público luego del fallo "Muiña" de la CSJN no necesariamente obliga a los jueces a revisar sus votos. Si creyéramos que deberían hacerlo, deberíamos revisar nuestras intuiciones sobre el populismo penal. Creo que los jueces están equivocados, pero esa no es la crítica fundamental a su decisión, sino que es una decisión mal fundamentada. Lo importante de la movilización es que formamos parte de una comunidad que tiene juicios morales muy

estos nuevos juicios. También reconozco ciertos errores motivados, en parte, por la gravedad de los delitos.<sup>10</sup>

Un problema adicional que plantean PETRONE y RAMALLO se vincula con las restricciones con las que presento la teoría. Una teoría del castigo como la que intento defender, debería ser pensada para su aplicación en todos lados. Pero PETRONE y RAMALLO destacan que limito su aplicación severamente y presento la posibilidad de que en cada comunidad se resuelva de manera diferenciada los problemas del pasado turbulento. Creo que se trata de dos problemas diferentes. Para resumir mi posición diría que siempre que hay que pensar en la justificación del uso del castigo deberíamos hacerlo en términos retributivo-comunicativos. Ahora, si la discusión es pensar el modo en que resolvemos el pasado, esa posibilidad está abierta a la decisión de la propia comunidad. Lo que intento señalar en el capítulo 1 es que la solución de los juicios penales es la mejor para Argentina, pero no necesariamente la mejor solución para otro país. Es decir, confío en las decisiones de la comunidad como una circunstancia relevante (aunque problemática) para resolver estas cuestiones de la propia comunidad. Es por esa razón que desconfío, para estos casos, de las bondades del derecho penal internacional.<sup>11</sup>

### III. El abandono del liberalismo clásico

Más adelante en su texto, PETRONE y RAMALLO, después de referirse a los capítulos 2 y 4 en donde presento y discuto varias ideas de NINO, señalan algunas dudas sobre el arrepentimiento y el deber moral de permanecer con vida para ser castigado. Ellas tienen ciertos reparos sobre la posibilidad de que la comunidad esté dispuesta a reconciliarse con cualquier tipo de infractor ante cualquier infracción que hubiera cometido. Se preguntan si esto es esperable o si es deseable. Ellas piensan que no es posible esperar que nuestra comunidad reaccione de ese modo. Su punto para apoyar este argumento es el ejemplo de los delitos de lesa humanidad. Según piensan ellas, "...la aceptación del arrepentimiento y la comprensión de aquel, no le serán exigibles a nuestra sociedad". Agregan que no debe ser algo "deseable" o "esperable". Su punto aquí se vincula con la

---

concretos acerca de un momento de la historia reciente. Esto ya debería ser un motivo para alegrarnos de vivir en un contexto político y social como este. Por supuesto, es un tiempo en el que la comunidad está muy comprometida con ciertos ideales en comparación con otros momentos históricos. Basta con recordar la pasividad (con contadas excepciones) con la que la que toleramos los indultos durante los años noventa.

<sup>10</sup> Con más detalles en BEADE, "¿Una sentencia bien intencionada? A propósito del caso 'Muiña'", *Lecciones y Ensayos*, 2018 (en prensa).

<sup>11</sup> Desarrollo este argumento en BEADE, "Emociones reactivas, inculpación y castigo: ¿también en el derecho penal internacional?", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2018 (en prensa).

imposibilidad de reconciliarnos con personas que cometieron actos tan graves como hacer desaparecer ciudadanos y tomar el poder por la fuerza.

Como señalé hace un momento, creo que es la única opción que tenemos para no caer en aquello que queremos siempre evitar: ser cuestionados por actuar solo por venganza. Pero, por otra parte, y solo como aclaración, la noción de retribución comunicativa que defiendo no necesariamente tiene como objetivo primordial reconciliar al agresor con la comunidad. Es un efecto deseable pero el fundamento del castigo es otro, como intento explicar en el capítulo 1. Es decir, si no es posible reconciliarse porque una de las partes no quiere hacerlo, *i.e.* el agresor no se arrepiente y por ende la comunidad no tiene interés en recomponer ese vínculo, entonces la reconciliación no será posible. La función del castigo no se altera por ello: le comunicamos al infractor que lo que hizo era algo que dijimos que no íbamos a hacer y también a la comunidad para mostrar aquello que creemos que es lo correcto hacer cuando alguien quiebra esa reglas compartidas.

Más adelante en el trabajo PETRONE y RAMALLO proponen ver mi propuesta a partir de la circunstancia de que alguien ha sido marginado sistemáticamente por nuestra sociedad. Esto puede deberse a condiciones socioeconómicas, étnicas, religiosas, de género, etc. No obstante, esta persona comete un delito. En estas circunstancias, la persecución y juzgamiento por parte del Estado y su eventual encarcelamiento posterior serán la primera intervención que el Estado tendrá en su vida. De este modo, ¿qué razones tendría quien ha sido marginado en estas circunstancias para aceptar la exigencia de querer reconciliarse? Entonces, en circunstancias como estas, mi propuesta parecería extraña. El argumento de PETRONE y RAMALLO se vincula con la idea de que estas personas no se sentirían parte de la comunidad y por tal razón no están en deuda con nosotros. De este modo, tampoco tendrían interés en arrepentirse.

Reconozco que la noción de comunidad puede ser algo difícil de aceptar, sobre todo cuando nuestra formación liberal nos lleva a pensar en términos siempre individuales y pocas veces colectivos. Como señalé antes, en muchos de estos casos, el castigo aquí sería injusto porque la comunidad no tiene el estatus moral para hacerlo. Pero supongamos que alguien sufriera algunas de las circunstancias que mencionan PETRONE y RAMALLO. Elijamos, por ejemplo, la desigualdad socioeconómica para seguir con el mismo tipo de problemas sobre el que venimos reflexionando.

Pensemos en alguien que proviene de un ambiente social desfavorecido.<sup>12</sup> Allí nunca tuvo oportunidades de poder hacer nada distinto. En parte, esta mala suerte constitutiva lo lleva a cometer delitos de distinto tipo. Supongamos que, en alguna oportunidad, una persona comete un homicidio mientras intenta concretar un robo. Es muy posible que estemos obligados a considerar ese ambiente en el que esta persona se desarrolló y que eso, a su vez, nos obligue a reflexionar sobre nuestras prácticas de responsabilidad moral y penal. Conocer la historia de alguien, en este sentido, debería modificar nuestros juicios morales.<sup>13</sup> Podríamos morigerar el castigo que vamos a imponer, pero difícilmente estaríamos dispuestos a no castigarlo por un hecho de esa gravedad.

Más allá de las dudas que podamos tener en estos casos y que el hecho de castigarlo menos implica reconocer nuestro abandono hacia esa persona, en cualquier circunstancia, cometió un hecho grave que debería llevarlo a reflexionar sobre su conducta. La comunidad debería también brindarle las condiciones de reflexión adecuadas y construir un modo de responsabilizarlo (*e.g.* un juicio adecuado a esas necesidades) en el que se presenten estas condiciones. Nuestra falla como comunidad nos obliga aún más a reincorporarlo rápidamente luego del castigo recibido y recuperar el trato de igual consideración y respeto que perdimos cuando lo abandonamos. Es decir, en estos casos, debemos reconocer nuestro incumplimiento, reflexionar sobre nuestra pasividad ante esas circunstancias y contribuir a reconstruir el vínculo con la comunidad.

Quiero decir dos palabras sobre la crítica al argumento liberal en el castigo por el uso de drogas. Según PETRONE y RAMALLO, el argumento que intento defender, *i.e.* la posibilidad de usar drogas en lugares públicos, dado que sigue siendo un acto privado, debería extenderse también a la intervención de la policía o los operadores judiciales. Creo que este es un punto muy importante y con el que estoy de acuerdo. La idea de pensar la intimidad en el sentido en el que lo presento en el capítulo 6 tiene como una consecuencia necesaria el punto que señalan PETRONE y RAMALLO. La idea de proteger la intimidad de este modo claramente excluye la intromisión de las fuerzas de seguridad y de los jueces y fiscales. Sin embargo, de lo que no estoy convencido es del argumento de que la interpretación del art. 19, CN debería apoyarse en el principio de daño.

---

<sup>12</sup> La noción de *rotten social background* tiene un gran desarrollo teórico y ha sido introducida en nuestro medio en distintos trabajos de Roberto GARGARELLA. Un excelente resumen de esta discusión podrá encontrarse en EWING, “Recent Work on Punishment and Criminogenic Disadvantage”, *Law and Philosophy* (en prensa).

<sup>13</sup> Así lo han visto algunos filósofos morales, entre otros, WATSON, *Agency and Answerability: Selected Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2004; WOLF, “Blame, Italian Style”, en WALLACE/KUMAR/FREEMAN (eds.), *Reasons and Recognition: Essay on the Philosophy of T. M. Scanlon*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 332–347; y también SCANLON, *supra* nota 7.



En general, tengo algunas reservas respecto del principio del daño y también de algunas variantes de la teoría del bien jurídico que no puedo desarrollar en este espacio.<sup>14</sup> Mi punto aquí es más concreto y se relaciona con el problema de elegir el componente equivocado del art. 19, CN. Como señalo en el capítulo 6, el art. 19, CN se construye a partir de dos elementos: la autonomía personal y el daño a terceros. Mi fundamento se presenta en la elección del primero de ellos. Pero, ¿por qué no defender el daño a terceros como proponen PETRONE y RAMALLO? La idea es sencilla. Pienso que fundamentar la noción de daño en estos casos siempre es una cuestión moral. Es decir que la idea de que ciertas drogas, en particular, aquellas que se utilizan con fines recreativos como la marihuana, no afectan a terceros parte de un juicio moral sobre las drogas en general. Quienes sostienen lo contrario basan su punto de vista en un argumento similar: las drogas son malas en sí mismas. Una idea interesante para pensar esto es que quienes sostienen este último argumento no tienen pruebas empíricas de que esto sea así. Tampoco quienes defendemos la idea de que el uso de drogas no causa daños a otros. Necesitaríamos estudios empíricos para poder fortalecer nuestro punto de vista. Hasta donde yo sé, esos estudios no existen o no son concluyentes, en parte, porque también están contaminados por determinados juicios morales. Al final del día, la discusión en ese punto, lejos de favorecer nuestro argumento se oscurece. La defensa de la autonomía personal me parece la solución más plausible para evitar el problema de “la prueba del daño”.<sup>15</sup> A mi juicio, lo dirimente en esta discusión es que quienes piensan que las drogas son malas y causan daño no pueden justificar el uso del derecho penal en ese caso. Esto se vincula concretamente con la falta de fundamentación para criminalizar una conducta como el uso o tenencia de drogas.<sup>16</sup>

#### IV. El “debut” del Estado

Cuando presentan el capítulo 5, PETRONE y RAMALLO cuestionan algunos de los presupuestos del caso de la usurpación. Por un lado, tienen reservas ante la exigencia de un reclamo previo por parte de los ciudadanos que exigen su vivienda digna al Estado. Según ellas, el reclamo previo es irrelevante: el Estado debería asegurar su derecho sin la más mínima exigencia. Pero, además,

---

<sup>14</sup> Desarrollo este punto en BEADE, *Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 65-71.

<sup>15</sup> PETRONE y RAMALLO me sugieren la posibilidad de pensar este argumento en la discusión sobre el aborto. Creo que el argumento podría ser similar. Esto es todo lo que me atrevería a decir. Existen un montón de otras circunstancias en el debate cuya discusión conozco muy superficialmente y sobre las que debería reflexionar mucho más.

<sup>16</sup> Fundamental en este punto, HUSAK, *Overcriminalization*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

PETRONE y RAMALLO intentan modificar el ejemplo para pedir algo más del argumento que presento. Piensan en distintos escenarios en los que, por ejemplo, la usurpación ocurra en un terreno público muy utilizado o en un terreno privado.

Es cierto que la exigencia del reclamo previo a la usurpación es problemático. Muchas de las personas que se encuentran en esa situación desconocen que tienen un derecho a reclamar al Estado la obtención de una vivienda digna y quienes lo conocen puede que no tengan claro cómo hacerlo. Mi idea era mostrar que quienes toman una decisión como la de usurpar un terreno no siempre se apoyan en ciertas emociones no controladas. Es más, diría que la decisión de actuar está basada en razones. Es decir, luego de verse decepcionados por el Estado, las personas toman una decisión que no puede llevarse a cabo sin una deliberación previa. El reclamo, como intento presentarlo en el caso, no es uno formal sino uno informal hacia quienes le acercan estas propuestas y le hacen promesas en nombre de representantes políticos que luego incumplen. Pese a esto, coincido con el cuestionamiento de PETRONE y RAMALLO. Ellas imaginan un reclamo formal o administrativo. Sin embargo, en cualquier circunstancia, el reclamo es irrelevante.

Las variantes que plantean del caso también son muy interesantes. No estoy seguro de que pueda imaginar todas esas situaciones en esta presentación. Si el terreno fuera privado dependerá, en parte, de sus dimensiones. Si el presupuesto del caso sigue siendo un contexto de desigualdad estructural para que el ejemplo se mantenga es necesario que no se trate de una vivienda pequeña sino de un terreno igual de grande que un parque. No es posible que quienes usurpan un terreno con las dimensiones de una plaza pública intenten usurpar una vivienda particular. Si el terreno fuera uno muy utilizado, habría que pensar si existen personas que pudieran verse afectadas. Seguramente habría quienes perderían ingresos si el parque dejara de funcionar como tal. Pienso en distintos tipos de comerciantes que trabajan en el parque. Sin embargo, en cualquier circunstancia el argumento que presentan PETRONE y RAMALLO, que se deriva del capítulo, es correcto: hay que optar por la no criminalización. En ese aspecto es posible (y necesario) derivar el conflicto hacia la justicia no penal.

Mi idea en el trabajo es algo diferente y coincide con el argumento de PETRONE y RAMALLO de que “el Estado no puede llegar por primera vez para criminalizar”. Más allá de la decisión que deberían tomar jueces y fiscales, la idea del texto es señalar que, en este caso, no hay un delito. Si estamos de acuerdo en que existe un incumplimiento previo del Estado que omite garantizar los derechos de los ciudadanos, no es posible admitir que, con una misma conducta, se esté cometiendo un delito y reclamando un derecho. Se trata, nuevamente, de un problema de estatus

moral. El Estado no tiene legitimidad para castigar esas conductas. Eso, sin duda, es independiente de lo que finalmente haga el Estado. Probablemente avance con la aplicación del derecho penal. Si podemos identificar circunstancias como estas debemos señalar este problema todas las veces que podamos: el Estado no puede castigar estas conductas porque sería cómplice y también hipócrita. Si lo hace, el castigo que imponga será ilegítimo.

Me gustaría agregar que en estos casos, tampoco funciona el argumento de la escasez que a veces se pretende invocar. A menudo, se afirma que estos reclamos son estériles porque no hay dinero para construir viviendas para todo el mundo. Este argumento es insuficiente para salir del cuestionamiento moral. En verdad, lo único que consigue es mostrar que se trata, claramente, de una decisión política. La idea de que existen pocos recursos disponibles no se comprueba cuando pensamos en otros ámbitos en los que nunca faltan recursos. La policía nunca argumenta que no puede investigar los delitos que se cometen porque los miembros de la fuerza no tienen el calzado adecuado o no tienen automóviles para hacerlo. Los jueces y fiscales no dejan de investigar las denuncias que les llegan porque no tienen hojas para imprimir sus denuncias o personal para llevar adelante el trabajo. Es probable que, en muchas partes, los recursos en esos ámbitos no sean los óptimos. Mi argumento es que esta circunstancia nunca se transforma en una razón para evitar cumplir con su trabajo. El Estado, en el reparto de recursos, elige donde ubicarlos. En comunidades como las nuestras parece obvio que los intereses que quiere cubrir el Estado son claros y terminan favoreciendo algunos intereses por sobre otros.

## V. Revisión del populismo penal

Como señalé en la introducción del libro, este capítulo es el que debería ser complementado con más urgencia. Desde que salió publicado, ha aparecido una gran cantidad de libros y artículos que analizan problemas similares y que deberían formar parte de la discusión.<sup>17</sup> Mi presentación del populismo penal me parece algo básica, pero aprovecho los comentarios de PETRONE y RAMALLO para decir algunas cosas más. Los ejemplos que presentan en su comentario PETRONE y RAMALLO muestra dos problemas que se repiten a menudo: la idea de que el derecho soluciona problemas (o disuade) y la utilización del derecho en nombre de las víctimas dependiendo del caso en el que estemos. Empiezo por el primer problema.

---

<sup>17</sup> Ver, entre otros, RYBERG/ROBERTS, (eds.), *Popular Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2014, y DZUR/LOADER/SPARKS (eds.), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Una forma de desacreditar a la participación ciudadana es señalarla como parte de un movimiento punitivista. De ahí la asociación errada entre el populismo y la participación democrática. En general, los críticos de la participación ciudadana efectúan esta asociación equivocada asumiendo que lo único que queremos los miembros de una comunidad es castigar más a otros.<sup>18</sup> Para descartar esta posibilidad la primera respuesta que se les ocurre ante estos reclamos es señalar que el derecho penal no va a traer soluciones a ninguno de los conflictos en los que se pretende incluirlo. Si bien esto parece obvio, la crítica intenta señalar que quienes defendemos el uso del derecho penal en ciertas situaciones creemos que vamos a solucionar (o pretendemos solucionar) un problema. Recientemente, estas críticas se han centrado en la participación de las mujeres en discusiones de este tipo. Como señalan PETRONE y RAMALLO, luego del asesinato de una joven este año, las mujeres fueron criticadas con este mismo argumento y fueron señaladas como promotoras del endurecimiento del derecho penal cuando se discutió la reforma de la ley de ejecución penal. El movimiento de mujeres quiso evitar ese etiquetamiento y señaló que se hacía en su nombre “demagogia punitiva”. Esta simplificación de los reclamos es lo que resulta preocupante. Por ejemplo, las mujeres que son potenciales víctimas de femicidio podrían tener razones para justificar el mayor castigo de quienes las matan en contextos de violencia de género y su expectativa podría no estar dada con la “solución” del problema. El argumento para justificar el mayor castigo en el caso del femicidio respecto de otros casos debería estar fundamentado por el modo en el que justificamos la aplicación del castigo.<sup>19</sup> Pero además, también en esos casos es necesario señalar que existe una gran cantidad de políticas públicas o

---

<sup>18</sup> Esto se inicia con teorías que pretender fundamentar el uso del derecho penal como un remedio contra la venganza privada. Básicamente, debemos castigarnos porque si no lo hacemos nos mataríamos los unos a los otros. Claramente esta afirmación necesita un sustento empírico que no tiene. Para poder afirmar que esto es así, deberíamos pensar en casos en los que hubo alguna forma de impunidad y la víctima se haya vengado de ese modo. Esto me parece algo muy improbable y, por cierto, no generalizable. Incluso si pensáramos en casos en nuestro país tendríamos muchas dificultades. Por ejemplo, mientras estuvieron vigentes las leyes de obediencia debida y punto final y luego con el indulto no se registraron casos semejantes. Entonces, si ante los peores crímenes de nuestra historia no tuvimos reacciones de este estilo ni intentos de venganza por mano propia, ¿por qué ese debería ser el fundamento del castigo?

<sup>19</sup> Es probable que una teoría retributivo-comunicativa como la que intento defender en el libro podría ser atractiva para justificar esta decisión. Sin embargo, a veces se intenta criticar a filósofos y teóricos penales por defender propuestas como la criminalización del femicidio. Creo que aquí también hay una confusión. No tengo conocimiento de que algún teórico piense que su teoría es *la* solución contra el delito o contra los femicidios en particular. En cambio, su justificación de la criminalización puede tener otro fundamento como señalé antes. En todo caso, quienes nos quieren hacer creer eso son algunos políticos que tienen intereses distintos a los de los teóricos penales. Pese a que esta confusión es fácilmente detectable, se repite con demasiada frecuencia.

actividades que intentan sensibilizar y capacitar en materia de género. En cualquier caso, intentan dar diferentes respuestas ante un mismo problema. No todas esas respuestas parten de los mismos grupos ni eso implica que todas las personas estemos de acuerdo con las propuestas que se van presentando como alternativas. Lo que es preocupante es que lo que se pretende con este tipo de descalificación es agrupar todos los reclamos en uno solo: las propuestas de los ciudadanos siempre son punitivistas. Por esta razón deberíamos dejarles este espacio a los expertos. Esto, de por sí, tiene grandes problemas que no puedo abordar aquí. Es posible imaginar la proyección de este cuestionamiento a los grupos de técnicos que redactan códigos y leyes especiales. No solo nosotros no los elegimos para que lleven adelante esa tarea, sino que tampoco nos dan la posibilidad de poder participar, efectivamente, en decisiones que nos involucran directamente.

Pero además, esto no debería invalidar el punto sobre el que debería girar la discusión: la participación ciudadana como una circunstancia necesaria para la legitimidad de las leyes penales. En este punto, el caso de la modificación de la ley de ejecución penal tiene un problema adicional: en el debate público tampoco le dieron intervención a los principales afectados, que son las personas privadas de la libertad. Una reforma a una ley que los afecta seriamente debería haber exigido su participación, poder escuchar su voz y los reclamos que tienen para hacer. Entonces, necesitamos poder determinar qué reclamos son pura demagogia punitiva (en nombre de grupos afectados) y cuál es el grado de participación ciudadana que deberíamos exigir para la creación de normas penales y en la modificación del sistema de justicia penal.

## **VI. Palabras finales**

Quedan muchas cosas más para seguir discutiendo con PETRONE y RAMALLO. Su trabajo, como ya mencioné es muy importante para mí. Me permite seguir pensando sobre temas y problemas sobre los que necesito discutir y reflexionar mucho más. Por el momento, intentar responder a la mayoría de sus interrogantes ha conseguido que pudiera clarificar mucho de lo que pienso sobre una gran cantidad de temas. Espero que este sea el primero de muchos otros lugares en lo que pueda seguir discutiendo sobre los profundos problemas de la inculpación, el castigo y la responsabilidad.